THÈSE DE
POITIERS.
1884
N°. 4.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

# DES ARGENTARII

EN DROIT ROMAIN

# DES ASSURANCES SUR LA VIE

## DANS LE MARIAGE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE MARDI 4 MARS 1884, A 3 HEURES

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

HENRY TAUDIÈRE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

POITIERS

TYPOGRAPHIE OUDIN

4, RUE DE L'ÉPERON, 4

—

1884

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

# DES ARGENTARII

EN DROIT ROMAIN

# DES ASSURANCES SUR LA VIE

## DANS LE MARIAGE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE MARDI 4 MARS 1884, A 3 HEURES

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

HENRY TAUDIÈRE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

POITIERS

TYPOGRAPHIE OUDIN

4, RUE DE L'ÉPERON, 4

1884

## FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. THÉZARD (A ✠), *Doyen, professeur de Code civil.*

DUCROCQ (✻ I ✠), *Doyen honoraire, professeur de Droit administratif et d'Economie politique, correspondant de l'Institut.*

MARTIAL PERVINQUIÈRE (✻ I ✠), *professeur honoraire et Doyen honoraire.*

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ✠), *professeur de Code civil.*

LE COURTOIS (I ✠), *professeur de Code civil.*

NORMAND (A ✠), *professeur de Droit criminel.*

PARENTEAU-DUBEUGNON (A. ✠), *professeur de Procédure civile.*

ARTHUYS (A ✠), *professeur de Droit commercial.*

BONNET, *professeur de Droit romain.*

PETIT (A ✠), *professeur de Droit romain.*

BARRILLEAU, *agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.*

ARTUR, *agrégé, chargé du Cours de Droit international privé.*

MOUCHET, *chargé de Cours.*

M. COULON (I ✠), *secrétaire-agent-comptable.*

---

### *COMMISSION :*

PRÉSIDENT : M. NORMAND, PROFESSEUR.

SUFFRAGANTS : M. DE LA MÉNARDIÈRE, M. LE COURTOIS, M. BONNET, PROFESSEURS. — M. BARRILLEAU, AGRÉGÉ.

MEIS ET AMICIS

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547313_0035

# DROIT ROMAIN

## DES ARGENTARII

### INTRODUCTION.

1. — L'argent est le grand levier humain. Etat ou citoyen, société ou particulier, faute d'argent, tous périclitent. La monnaie est le critérium de toute valeur vénale. Sans elle, plus de transactions, plus de commerce ; les relations d'affaires d'homme à homme, de peuple à peuple deviennent impossibles. Elle est indispensable à la civilisation. Ecrire l'histoire de la monnaie, ce serait faire celle de l'humanité. Que d'autres traitent un pareil sujet ; pour nous, restons dans une sphère plus modeste, étudions le commerce de l'argent sur le plus grand marché de l'antiquité, étudions les banquiers romains.

2. — Athènes avait fleuri ; parmi les cités grecques, nulle ne brillait d'un plus vif éclat : guerre, sciences, beaux-arts, littérature, éloquence, commerce, elle avait tout abordé, elle excellait en tout. Un jour cependant, une nouvelle cité se dressa en rivale, moins raffinée mais plus virile, moins souple dans les transactions mais plus âpre au gain, moins commerçante mais plus belliqueuse ; elle l'emporta. Athènes était vaincue avant

même d'être attaquée. La Grèce devint une province romaine. Le centre du monde était changé. Le commerce n'a pas de patrie, il suivit les vainqueurs, entraînant les banques Au trapézite grec succède l'*argentarius* romain.

3. —A quelle époque et dans quelle circonstance le premier banquier de Rome ouvrit-il son comptoir ? Nous l'ignorons. La banque dut y avoir une origine modeste ; le commerce romain fut lent à se développer et il est facile d'expliquer ce retard. Aux premiers âges de Rome, il n'y a pas, à vraiment parler, de monnaie nationale. Ce n'est qu'après l'expulsion des rois, qu'à côté de la livre d'airain de Servius Tullius apparaît la *numerata pecunia, signata forma publica populi romani*, s'estimant *non pondere, sed numero*. Ce n'est encore que de la monnaie de bronze, on ne frappe de l'argent qu'en l'an 485 de Rome, de l'or en 536 seulement. D'un autre côté, le Quirite a en profond dédain les opérations mercantiles. Le *civis* est guerrier de naissance, il prend, il conquiert; sa fortune, il la demande aux armes. Aux vaincus de travailler pour lui, aux affranchis ou aux esclaves de se livrer aux professions sédentaires. Il court les batailles, dédaigneux d'une monnaie nationale, les peuples enchaînés lui apportent .es leurs.

Les commerçants de Rome, à l'origine, furent en effet des affranchis ou des étrangers ; et faute de monnaie romaine commode, les types étrangers inondent le Forum. Ils n'ont pas cours forcé, ils n'ont pas de valeur fixe « *loco mercis habebantur* (1) ». C'est alors que dûrent paraître les premiers banquiers. Etrangers, grecs pour la plupart, familiarisés déjà avec les opérations délicates du change et de la banque, ils opérèrent sur de petites sommes et sans b uit. Ils réussirent, et leur exemple fut suivi.

Cette origine étrangère et probablement grecque que nous

(1) Pline, *Hist. na* .XXXIII, 3, 13.

assignons aux *argentariæ* romaines, n'est nullement arbitraire. La Grèce a donné à Rome des rois : Tarquin l'Ancien était d'origine grecque; — des lois, pour ceux qui admettent le voyage en Grèce des Décemvirs; — une monnaie, la drachme sur le marché de Rome a précédé le *solidus*. La lecture des auteurs antérieurs à Cicéron est surtout instructive : chez tous, nous trouvons, pour qualifier les banquiers, le terme grec de préférence à l'expression latine : *trapezitæ*, *danistæ*, *collybistæ*, *græci cermatistæ*, disent-ils. L'usure s'appelle *fœnogrœcum*. — La logique et l'histoire s'accordent pour soutenir notre opinion.

Quoi qu'il en soit de cette origine obscure, nous trouvons, lors de la guerre Samnite, les *argentarii* installés au Forum. Ce sont ces *domini argentariarum* auxquels, vers l'an 342 avant J.-C., Papirius Cursor distribua les boucliers dorés pris sur l'ennemi. Chaque *mensa* en fut ornée. « *Ejus triumpho longe maximam speciem captiva arma præbuere, tantum magnificentiæ visum in iis, ut aurata scuta dominis argentariarum ad forum ornandum dividerentur* (1). » — Quels seraient autrement ces *domini argentariarum ?* Des trafiquants d'objets précieux, des orfèvres ; mais Rome, à cette époque, était loin de sa future splendeur, et les députés de Carthage pouvaient s'étonner de ne trouver dans toute la cité qu'un seul service de table en argent. Cette industrie n'était pas encore née. — C'étaient donc bien des changeurs, tels qu'un bas-relief du Vatican nous les représente, siégeant dans la *Taberna*, derrière un compartiment grillé, recevant les pièces étrangères, les comparant et facilitant les échanges entre les peuples.

4. — Comment étaient-ils venus s'établir au Forum, sur le sol romain, dans ces *tabernæ* construites aux frais de la République? Il est assez facile de l'expliquer. On avait besoin d'eux,

(1) Tite-Live, IX, 40.

et leurs connaissances monétaires internationales inspiraient confiance. Le peuple romain construisait aux frais du Trésor une maison pour son avocat consultant de prédilection; il dut offrir à ses agents d'affaires une place commode au lieu de réunion publique, au centre du mouvement politique et commercial. Tous se pressent au Forum: l'avocat y cherche des clients, — le candidat des électeurs, — l'oisif la distraction. — Le Forum, c'est le tribunal, c'est la tribune aux harangues, c'est la bourse romaine, c'est le marché du monde. Toutes les nations s'y coudoient, échangeant leurs produits et enrichissant Rome. — Acheteurs, vendeurs, tous ont besoin de l'*argentarius*. Ils veulent être fixés sur la valeur réelle du paiement reçu, ils veulent changer la monnaie étrangère. Beaucoup ont besoin d'interprète, et l'*argentarius*, par lui-même ou par ses esclaves, remplira encore cette fonction. A sa table, se comptent les deniers, se font les dépôts, les prêts, les paiements (1).

Tout autour la foule s'agite, le plaisir et le vice vont de pair avec les affaires, mais l'*argentarius* n'est pas confondu avec le vulgaire. Il ne descend pas dans l'arène, de sa *mensa* il préside le Forum, on vient à lui. Les *tabernæ*, louées par le censeur au nom de l'État, occupent les deux côtés longs de la place, près du temple de Castor, de la Curie et de la basilique Porcia. Cinq d'entre elles brûlent lors de la seconde guerre Punique, on en construit de nouvelles (2), et bientôt les arceaux du temple de Janus ne suffisent plus à les contenir. Elles gagnent les quartiers environnants, envahissent tous les marchés; avec les relations commerciales, le nombre des *argentarii* augmente, ils pullulent. En même temps ils limitent leur champ d'action. Jadis ils cumulaient, *argentarii vascularii*, *fabri, argenti struc-*

(1) Plaute, *Truculentus*, I, 1, 47 et suiv.

(2) Tite-Live, XXI, 27. — Cicéron, Acad. 22, *de oratore*, II, 66. — Plaute, *Curc.* IV, 1, 14.

*tores. lapidarii*, marchands de bijoux, orfèvres et banquiers à la fois. Mais vers le 3e siècle, l'argent afflue à Rome (1), le Trésor regorge de monnaies étrangères, et nos *argentarii* s'en tiennent aux opérations de banque, sans que toutefois cette distinction des industries soit aussi profonde que chez nous, car la banque et le change sont toujours réunis dans les mêmes mains.

5. — Le pouvoir va du reste leur donner un surcroît d'occupation. Il faut créer le système monétaire national, et le faire accepter au Romain avare et défiant, tâche ardue au milieu de crises financières et politiques incessantes. ..... Seuls dans ce monde guerrier, les *argentarii* ont les connaissances nécessaires, seuls ils sont en possession de la confiance publique, ils éprouveront la monnaie nouvelle, ils la mettront en circulation, c'est la *solidorum venditio*. Ils deviennent *argentarii spectatores*, *probatores*, *æsculatores*. D'ailleurs leurs coffres alimentent à l'occasion ceux de la cité ; dans les crises difficiles, ils ont, pour premier débiteur, l'État romain. Singulière situation, mais qui n'a rien d'anormal dans une société en formation : des particuliers viennent en aide aux gouvernants. Plus d'un krack dut en résulter, et les *argentarii* purent ressentir les inconvénients de la faveur du pouvoir. Mais toujours nécessaires, ils surent faire pardonner aux vainqueurs leurs attaches avec le parti tombé.

Néanmoins, si l'on en croit l'histoire, leurs affaires furent parfois troublées dans les bouleversements de Rome, et le législateur, sous peine de se priver de leur utile concours, dut les relever pour partie de leurs obligations. C'est en ce sens que nous entendons le passage suivant de Quintilien (2) : « *Lex est ut argentarii dimidium ex eo quod debebant solverent, creditum*

(1) Scipion rapporte 14,342 livres d'argent d'Espagne et plus de 100,000 de Carthage (Tite-Live, XXVIII, 38 et XXX 45). — Les mines de Carthagène fournissent 25,000 drachmes par jour au Trésor.

(2) Quintilien, *Inst.* liv. V, ch. 10, § 105, coll. Panckoucke, 2e vol. *in fine*.

*suum totum exigerent. Argentarius alii argentario solidum petit.* » Certains auteurs y ont vu une allusion à la corréalité *credendi et debendi* chez les *argentarii socii*. C'est là, croyons-nous, une erreur. D'après eux, l'*argentarius socius* conserve, en vertu de cette loi, le droit de demander la totalité de la dette soit à un débiteur, soit à un *argentarius*, tandis que la dette dont il était tenu en totalité se divise de plein droit entre ses associés et lui. Mettez alors cet *argentarius socius* en présence d'*argentarii socii*, comment liquiderez-vous la situation, si l'un a le droit de tout exiger, les autres d'invoquer le bénéfice de division ? Si cette loi parle du banquier débiteur, c'est pour spécifier que vis-à-vis seulement d'un *argentarius* créancier il devra la dette totale, ce qui pour tout débiteur est le droit commun. « *Proprium ex materia est argumentum creditoris idcirco adjectum esse in lege ut argentarius totum exigeret adversus alios : enim non opus fuisse lege, quum omnes præterquam ab argentariis totum exigendi jus haberent.* » — Cette loi doit se placer aux temps orageux des triumvirats, sorte de concordat légal et forcé inventé par le législateur pour sauver les banques romaines de la ruine dans les derniers soubresauts de la République à l'agonie,

6. — Mais cette estimation, cette mise en circulation de la monnaie, tel n'est pas le véritable rôle de l'*argentarius*. Notre tâche n'est pas d'étudier les finances romaines. Fonctionnaire par occasion, le banquier romain est commerçant privé par nature. Comme tel, voyons le caractère de ses opérations, étudions-le dans ses rapports avec les clients.

7. — Un mot encore cependant avant d'entrer dans le détail. Précisons bien le sens de ce mot *argentarius*. L'appliquons-nous comme terme générique à tous les manieurs d'argent de Rome : *vascularii*, *fabri*, *lapidarii*, *trapezitæ*, *danistæ*, *collybistæ*, *græci cermatistæ*, *fœneratores*, *mensarii*, *mensularii*, *num-*

*marii et nummularii, argenti spectatores, probatores, distractores, equites argentarii, negotiatores, coactores, collectores, collectarii, ministri auctores, argentariorum collegium*, etc., etc... j'en passe et des meilleurs. — Non, sans doute, mais cette énumération si longue va bien vite se réduire à un nombre très restreint de noms.

Excluons d'abord de notre sphère les *fœneratores* et les *danistæ*, *trapezitæ*, etc. Les premiers ne sont pas des banquiers, mais des prêteurs, trop souvent des usuriers. Or à Rome tous les riches pratiquaient plus ou moins l'usure. Nous reviendrons d'ailleurs ultérieurement sur ce point. Les banquiers se livraient aussi à cette industrie, et c'est sous cet aspect restreint qu'ils ont reçu cette appellation. — Quant à ces dénominations exotiques, elles sont attribuées aux *argentarii* dans les premiers âges de Rome, en souvenir de leur origine, mais elles ne tardent pas à tomber dans l'oubli.

D'autres expressions indiquent les fonctions accessoires dont à diverses époques nos banquiers furent revêtus. Les banques romaines s'épurent avec les siècles, et la vraie notion de la profession se dégage des scories étrangères. Les *argentarii* ont joué bien des rôles divers, et vouloir résumer limitativement leurs attributions serait témérité, car les documents nous manquent trop souvent. Dès longtemps, au Bas-Empire, ils ont cessé d'être marchands de bijoux, orfèvres, notaires, percepteurs d'impôts, vérificateurs des comptes publics, contrôleurs et émetteurs des monnaies, caissiers du pouvoir. Plus d'*argentarii vascularii*, *fabri*, *notarii*, *structores*, *publicani*, *viri monetales*, *argenti spectatores*, *probatores*, *æsculatores*. L'ordre équestre à dès longtemps disparu. Les chevaliers d'ailleurs s'étaient surtout adonnés à la perception des impôts dans les provinces (1), ce n'étaient pas de véritables banquiers. Plus d'*equites argentarii*.

(1) Madvig, *l'Etat romain* t. I, p. 179, ch. 2, § 15. — Mispoulet, *Inst. polit. des Romains*, t. II, p. 199, ch. 17, § 105.

Le *coactor* ou *collectarius* subsiste, mais c'est un employé subalterne de l'*argentarius* dans les ventes publiques, c'est une sorte d'huissier porteur de contraintes, et si l'on joint parfois à son nom celui de son patron, c'est une extension lointaine.

Que nous reste-t-il dès lors pour qualifier notre banquier, c'est-à-dire le commerçant privé trafiquant sur la monnaie et les métaux précieux ? — Trois noms seulement : *mensarius* ou *mensularius*, *nummularius*, *argentarius*.

8. — Encore ne faut-il admettre qu'avec circonspection la première de ces dénominations. — A diverses époques de crise financière, Rome se donna des fonctionnaires temporaires, *triumviri*, ou *quinque viri mensarii*, choisis parmi les plus hauts personnages de la cité pour être les trésoriers de la République. — D'après Tite-Live, en l'an 403 de Rome, on nomma cinq *mensarii* pour remédier à la triste situation des débiteurs plébéiens. — Vers 538, trois autres sont nommés pour recevoir les dons volontaires des particuliers soutenant Rome dans sa lutte contre Carthage (1). — Sous l'empire même, Tibère confie à des *mensarii* un fonds de cent mille sesterces pour opérer des prêts sans intérêt au nom de l'Etat durant trois ans, à la condition pour l'emprunteur de garantir en terres une somme double de l'emprunt. — Ces *mensarii* étaient-ils pris parmi les banquiers privés ? C'est probable, car on trouvait en eux compétence et honorabilité ; mais rien n'est moins prouvé. Dailleurs leur mission était toute temporaire, et ces fonctionnaires éphémères doivent être soigneusement distingués des *mensarii* ou *mensularii* établis au Forum. Faute de faire cette distinction, Sigonius (2) a voulu reconnaître à ces derniers un caractère public qu'ils n'ont jamais eu.

(1) Tite-Live, VII, 28 ;
(2) *De antiq. jure civ. rom.*, liv. II, ch. 11.

9. — Mais le *mensularius*, le *nummularius*, l'*argentarius* doivent-ils être confondus, et ces expressions sont-elles synonimes? Oui, répond Alciat, trois noms, mais un seul homme. Il se nomme *argentarius* et *nummularius* de l'argent qu'il manie (*argentum, nummi*), *mensarius* ou *mensularius* du comptoir (*mensa*) où il est assis. — Cette opinion se soutient mal en présence de la Loi 9, § 2 (D. *de edendo*), soumettant le *nummularius* à l'obligation de rendre ses comptes, à l'égal de l'*argentarius*. N'est-ce pas indiquer qu'en principe ils diffèrent ? Mais il est plus facile d'affirmer cette différence que d'en trouver la trace dans les documents que nous possédons sur la matière. Nous en sommes réduits aux hypothèses.

Pour Faber (1), l'*argentarius* est le banquier véritable, le *nummularius* est le changeur recevant les monnaies et les détaillant (*erogans*). D'autres font de ce dernier le serviteur du banquier, « *argentariorum opulentorum minister* », un simple commis. Je réfute d'un mot ces deux opinions. Pour appuyer la première, il faudrait prouver que les Romains ont distingué de bonne heure la banque et le change, ce qui est à la fois contraire à l'ensemble des textes et à la logique dans une société en enfance. La seconde est battue en brèche par la loi que nous venons de rappeler. Pourquoi, si les *mensularii* ou *nummularii* n'étaient que de simples agents, les soumettre à l'obligation de l'*editio rationum* ? Les registres du patron auraient dû suffire.

S'il nous faut prendre parti dans une controverse aussi délicate, nous admettrons la théorie de Cujas (2). Je crois les *argentarii* plus anciens et plus universels que les *nummularii* dans

(1) *Rationalia*, t. I, p. 160, liv. II, tit. 13. — *Sic*, Forcellini et Kalh Lexicon, v° *Argentarius*.

(2) Obs. X, 14, liv. III, *ad edictum*, *Œuvres*, t. V, p. 39.

la pratique de la banque. Commerçants privés, les *argentarii* devaient émettre des monnaies de banque. La République, voulant centraliser le frappage de la monnaie, les appela au Forum, et, remplaçant leurs types particuliers par une monnaie nationale, les chargea d'écouler les pièces nouvelles. Ne voyons-nous pas de même en France le roi, aux temps féodaux, racheter aux seigneurs le droit de battre monnaie ? Vis-à-vis du pouvoir, les *argentarii* sont fonctionnaires : comme tels, ils ont des prérogatives et des privilèges. L'Etat les emploie en attendant qu'il puisse organiser son fonctionnarisme ; d'ailleurs, ils n'ont point à s'en plaindre, car cette situation augmente la confiance du public. Mais vis-à-vis des clients, ils ne sont que des commerçants, «*Privati homines fuerunt respectu fœnerationis* ».

Attirés par leur heureux succès, des hommes nouveaux viennent tenter la fortune dans l'agio. Dans une situation plus humble, sans distinction de l'autorité, moins en vue, moins surveillés, ils dûrent se livrer à des opérations plus douteuses. — Tel de nos jours, *mutatis mutandis*, le coulissier vis-à-vis de l'agent de change. — Ils ne vinrent point au Forum, vivant envieux et jaloux dans leur *mensula* borgne, recevant à leur comptoir plus de billon que d'argent. Aussi les nomme-t-on *Mensularii, Nummularii.* — Ne pouvant percer à Rome, ils allèrent dans les provinces et leur firent payer cher les humiliations de la capitale ; ils en devinrent les bourreaux (1). Les inscriptions dans les provinces ne mentionnent guères que des *nummularii*. L'Italie semble avoir le monopole des *argentarii* (*Corpus juris inscriptionum, passim*). N'est-ce pas là une confirmation de l'antériorité de ceux-ci ?

Mais les distinctions s'effacent à la longue : l'*argentarius* n'est plus agent du pouvoir, les situations deviennent identiques.

(1) Ammien Marcellin, liv. XXX.

Sous Justinien, *argentarius*, *nummularius*, *mensularius* sont certainement synonymes.

10. — Nous n'envisagerons dans notre étude que le côté privé des opérations de l'*argentarius*, nos explications seront donc parfaitement applicables aux *nummularii*.

11. — Encore un mot : de quelle considération ces banquiers étaient-ils entourés ? — Tout d'abord, il n'était pas glorieux à Rome de descendre d'un *argentarius*, et Marc Antoine pourra reprocher à Auguste la bassesse de son origine, parce qu'il a eu pour aïeuls deux *argentarii*. — Mais du moins, pour n'être pas des plus nobles, cette profession n'était-elle pas cependant estimée ? Sur ce point, les témoignages diffèrent, et si l'on consulte les auteurs, un grand embarras peut naître dans l'esprit.

Le banquier Lycon, que nous présente Plaute, est un assez triste sire : « Je suis riche, dit-il, pourvu que je ne paie pas mes créanciers, car, si je les paie, je dois plus que je n'ai. »

« *Quasi aquam ferventem frigidam, esse ita vos putatis leges.* »
(Curculio, IV, 2, 49.)

Le poète apostrophe ainsi son héros et nous le montre répondant par des coups aux réclamations de ses prêteurs.

Perse n'est pas moins dur :

*Ubi quid credideris, citius ex templo a foro*
*Fugiunt, quam ex porta ludis cum emissus, est lepus.*

Faut-il prendre ces critiques à la lettre ? Non sans doute, ce sont là boutades de satiriques, à la suite peut-être d'une banqueroute importante ou d'une fuite scandaleuse. La comédie n'a-t-elle pas toujours chargé le modèle : jugeons-nous des médecins en France d'après Molière ? A côté de l'honorable banquier d'ailleurs, n'y eut-il pas alors comme aujourd'hui le courtier véreux, l'usurier marron ? C'est lui que visent les satiriques, que dénoncent Horace, Salluste, Suétone, Valère-

Maxime, corrompant et ruinant la jeunesse, usurier, entremetteur, proxénète. Ce n'est pas là le véritable *argentarius*.

Ecoutons plutôt le témoignage des écrivains sérieux. « *De quærenda et collocanda pecunia*, nous dit Cicéron, *commodius a quibusdam optimis viris ad Janum medium sedentibus quam ab ullis philosophis ulla in schola disputatur*. » Aurélius Victor, Suétone, Horace parlent de même (1). Qu'est-ce surtout que de tels témoignages auprès de celui de tout un peuple ? Le nom populaire des banquiers, c'est *boni, optimi viri*. Et les actes prouvent encore davantage. Quelle corporation a su inspirer une confiance aussi vive et aussi tenace à une nation ? Est-ce un homme suspect que ce banquier auquel, selon Diogène Laerce (liv. 6), Crates remet sa fortune pour la rendre à ses fils s'ils restent ignorants, ou la distribuer au peuple s'ils deviennent philosophes ? Jusqu'au dernier jour de l'empire, les dépôts affluent *apud mensas argentarias*. Comment admettre une pareille insouciance de ses intérêts chez le Romain méticuleux, économe, avare même ? Comment admettre les faveurs du Pouvoir, et les fonctions délicates dont il revêt nos *argentarii* ? Concluons donc qu'en général les banquiers romains furent des personnages honorables et ne méritèrent pas les invectives de la satire.

12. — Désormais, nous avons une idée exacte de notre sujet ; nous connaissons nos héros. Nous allons les suivre dans l'exercice de leurs fonctions. Nous y consacrerons quatre chapitres. Nous étudierons successivement :

I. — *L'administration de la Mensa.*
II. — *Les diverses fonctions de l'Argentarius.*
III. — *Les règles qui dans la loi lui sont propres.*
IV. — *Le banquier transformé du Bas-Empire.*

(1) Cic. *pro Cœcina*, IV, 72, 3. — Aur. Victor, *de viris illustr.*, 72, 3. Suétone, Vespasien, 1. — Horace, *Satires*, I, 6, 86.

# CHAPITRE PREMIER

## ADMINISTRATION DE LA MENSA.

### SECTION I

#### QUI PEUT ÊTRE ARGENTARIUS.

13. — La *Mensa argentaria* est romaine, mais tout homme peut la tenir : libre ou esclave (L. 4, § 3, D. *de edendo*, II, 13, *si servus argentariam faciat...*), *sui juris* ou *alieni juris* (L. 4, § 2, D. *eod. tit. filius familias continetur his verbis*), citoyen ou pérégrin. Nombre de grands personnages, les empereurs eux-mêmes, possédaient des *argentariæ mensæ* dont ils confiaient l'administration à un fils de famille ou à un esclave (L. 1 et 5, § 3, D. *de inst. act.* XIV, 3) ; ils étaient tenus de son fait par l'action *institoria*. Ils pouvaient se dérober à ces obligations en déclarant publiquement, pour toute affaire en général ou spécialement pour un cas particulier, n'entendre assumer aucune responsabilité (L. 11, § 5, D. *de inst. act.*). On pouvait encore agir contre le maître par les actions *quod jussu*, *tributoria*, *de peculio* ou *de in rem verso*, suivant les cas. Il faudra se conformer aux principes généraux applicables à ces situations diverses. Le préposé peut encore être un affranchi (L. 19, § 1, D. *de inst. act.*), et doit être tenu *in solidum* avec le préposant (L. 1, § 17, D. *de exerc. act.* XIV, 1).

Ne nous étonnons pas d'ailleurs de voir ces fonctions délicates en de telles mains. Nul n'était mieux à même de les rem-

plir, et d'ailleurs le *civis romanus* répugnait par principe au commerce. Aussi avons-nous permis au pérégrin d'être banquier. C'est là, semble-t-il, une chose étrange et contraire au caractère exclusivement national de la législation romaine. Le fait est pourtant, sinon indéniable, du moins presque certain à l'origine de la Banque à Rome. Nous l'avons vu dans notre introduction, les premiers *argentarii* furent des étrangers, probablement des Grecs, cherchant dans la spéculation la fortune que les Quirites demandent à la conquête. C'est seulement en l'an 485 de Rome que les ateliers monétaires des autres villes d'Italie furent fermés pour toute autre monnaie que le billon (1) ; jusqu'alors les monnaies étrangères étaient presque seules en usage dans les transactions, et les manieurs d'argent devaient être surtout des étrangers. Nulle part d'ailleurs au Digeste, nous ne trouvons exprimée cette nécessité d'être citoyen pour exercer la banque. Nous y admettrons donc les pérégrins, la *mensa* restant toujours romaine.

**14.** — La femme seule est exclue de cette fonction. « *Feminæ remotæ videntur ab officio argentarii : cum ea opera virilis sit.* » (L. 12, D. *de edendo.*) Des inscriptions funéraires nous parlent cependant d'*argentariæ* (2), mais ce sont là des femmes de banquiers. Le texte de Callistrate ne laisse aucun doute sur ce point de droit. On a contesté cependant notre affirmation, en argumentant d'un rescrit d'Antonin le Pieux (L. 1, C. *de edendo* II, 1): « *Ipse dispice, quemadmodum pecuniam, quam te deposuisse dicis, deberi tibi probes. Nam quod desideras, ut rationes suas adversaria tua exhibeat : id ex causa ad judicis officium pertinere solet* ». Mais ce texte n'est pas formel, il ne se rapporte peut-être nullement à notre sujet. La femme adversaire d'Emile est peut-être l'héri-

(1) Mommsen, *Histoire romaine*, t. II, p. 143, trad. de Guerle.
(2) Mommsen, *Corpus inscriptionum*, t. VI, IIe partie, p. 942, n. 5134.

tière d'un *argentarius ;* ou bien il pourrait être ici question non des livres de banque, mais du *Codex* antique tenu par toute personne *sui juris.* La femme ne peut pas exercer la banque.

Quel est le motif de cette exclusion ? « *Ea opera virilis,* » nous dit Callistrate. Ce mot ne rappelle t-il pas le *propter infirmitatem sexus* qui met la femme en tutelle (1) ? — A Rome, la femme était en principe étrangère à toute affaire. La pudeur des anciens Romains eut peut-être été blessée par la vue des matrones siégeant au Forum. D'ailleurs certains actes nécessaires à l'exploitation d'une banque étaient interdits aux femmes par les lois : en vertu du senatus-consulte Velléien, elles ne pouvaient pas s'obliger par *Constitutum* ou par *Receptum.*

15. — Pour devenir banquier, que faut-il faire ? Aux premiers âges de Rome, il suffisait probablement de le vouloir. — Mais plus tard, le nombre des *mensæ* étant limité, il fallut obtenir d'un *argentarius* en exercice la cession de son office et de son bail passé *jure emphyteutico* avec le peuple romain par l'entremise du censeur, et portant sur la jouissance de la *mensa.* — « *Qui tabernas argentarias vel cæteras, quæ in solo publico sunt, vendit, non solum, sed jus vendit ; cum istæ tabernæ publicæ sunt, quarum usus ad privatos pertinet.* » (L. 32, D. *de contrah empt.* XVIII 1.) Ces ventes de charges ne se faisaient point aux enchères, nul texte ne nous en parle, et les lois sur les *Auctiones* au Digeste nous eussent bien révélé ce mode de transmission.

Mais étaient-elle soumises à une autorisation administrative ? L'Etat intervenait-il dans la nomination des *argentarii,* comme aujourd'hui pour la cession des offices ministériels ? La loi 32, citée ci-dessus, ne semble pas faire intervenir le censeur à la vente : « *Qui vendit* » dit le texte, la formule est bien générale, et il faut une volonté robuste pour y voir autre chose que

(1) Ulpien, *Regulæ,* XI, § 1. — Gaius, *Comm.* I, § 144.

la constatation d'un contrat entre particuliers. — On a cependant admis l'intervention de l'État, en se basant sur un prétendu caractère officiel dont les *argentarii* eussent été revêtus. Gaius ne dit-il pas d'eux : « *Officium eorum atque ministerium causam habet publicam* (1) ? » (Loi 10, § 1, D. *de edendo.*)

Pour moi, je ne crois pas à ce caractère officiel. Le texte de Gaius peut être expliqué d'une manière plus simple. Il veut dire seulement que les *argentarii* ont la confiance générale et que l'ordre public est intéressé à la bonne administration de la Banque (2) Rien en effet dans les écrits des littérateurs ou des jurisconsultes ne vient confirmer cette opinion hasardée. Au contraire, la loi 50 au Digeste (*de adm. et peric. tutor.*, D. XXVI, 7) semble la combattre directement. Hermogène y parle d'un tuteur qui a placé chez un *argentarius* les fonds de son pupille. L'*argentarius* devient insolvable, le tuteur sera-t-il responsable ? Non, répond Hermogène, parce que le banquier avait la confiance générale, « *cum fuisset celeberrimus* ». Eût-il manqué, si le banquier avait été fonctionnaire, d'invoquer un argument aussi fort pour sa thèse ? Papinien, de son côté, nous montre une banque transférée par fidéicomis (L. 77, § 16, D. *de legatis*, II, liv. XXXI). Comment admettre d'ailleurs, si c'est là un office public, qu'il puisse être dirigé par un esclave, même à l'insu de son maître (L. 4, § 3, D. *de edendo*) ? — Pourquoi, puisque les femmes ne peuvent prétendre aux fonctions administratives, Callistrate n'a t-il pas invoqué ce motif pour les exclure de la gestion des banques, au lieu de cette vague formule « *cum ea opera virilis sit* » (L. 12, D. *de edendo*) ? — Concluons donc qu'à l'exemple de leurs ancêtres les trapézites grecs, les *argentarii* n'étaient pas des fonctionnaires.

(1) Guillard, *Les banquiers athéniens et romains*, p. 34.

(2) La loi 8 pr. D. *depositi*, XVI, 3, n'énonce-t-elle pas la même idée en parlant du « necessarium usum argentariorum ex utilitate publica » ?

Sans doute ils furent chargés de la *solidorum nundinatio*, de la *solidorum venditio*. Mais ne fut-ce pas là le privilège de quelques-uns, et ne pouvait-on pas être *argentarius* sans ce supplément de fonctions ? Affirmer le contraire serait plus que téméraire. Il nous faut en ces matières nous dépouiller de nos idées modernes, où la centralisation au pouvoir et le fonctionnarisme dominent. A Rome, au contraire, la puissance suprême pendant les premiers siècles, c'est le peuple ; les rouages administratifs n'existent pas encore; et le citoyen, législateur et juge tour à tour, a une tout autre importance que chez nous. D'ailleurs, en ce qui concerne spécialement nos *argentarii*, cette indépendance du pouvoir n'avait pas, aux beaux jours de l'austérité romaine, de résultats fâcheux. Ils avaient tout intérêt à conserver la confiance publique, et devaient tenir à honneur de se choisir un successeur capable de continuer leurs errements. L'Etat n'avait donc ni moyen ni intérêt pour intervenir au contrat de vente d'une *mensa*.

16. — Une fois en possession de sa charge, payant le vectigal au trésor, l'*argentarius* commençait ses opérations (*argentariam facit, agit, exercet, administrat*). Il pouvait disposer à son tour de la *mensa*, ou la donner en gage (L 34 pr. D. *de pign. et hyp.*, XX, 1), c'est-à-dire donner en garantie les marchandises, les créances, et son droit même, le sol restant toujours public.

En dehors du vectigal, prix de son bail, l'*argentarius* ne paie pas patente jusqu'à l'empire. Mais dès lors il fut frappé d'un impôt, *chrysargirium*, *lustralis auri collatio*, *aururia fonctio* (1). Anastase l'en délivra.

(1) Maynz, t. I, p. 260, n. 161. note 16. — Suétone, Galigula, 40. — Vespasien, 16-23.

## SECTION II.

### SOCIÉTÉS D'ARGENTARII.

17. — L'*argentaria mensa*, nous venons de le voir, pouvait avoir à sa tête un seul homme, elle pouvait aussi avoir plusieurs maîtres, soit qu'il y eût entre eux contrat de société, soit qu'ils fussent en état d'indivision, ce qui pouvait se présenter entre cohéritiers venant à la succession d'un *argentarius*, car les cohéritiers succédaient à l'exercice de la banque.

18. — Le Digeste parle à plusieurs reprises de ces sociétés d'*argentarii*. Il ne les faut pas confondre, croyons-nous, avec la corporation des *argentarii*, *certum corpus, collegium*, dont nous parlerons plus loin.

C'étaient des sociétés privées, contractées entre deux ou plusieurs banquiers pour se prêter mutuelle assistance ou pour gérer une seule *mensa*. Le premier cas devait être très fréquent, ces associations étaient devenues une nécessité du jour où les *argentarii*, prêtant à l'Etat, durent fournir subitement des sommes considérables, source pour eux d'ailleurs de bénéfices absolument hors pair (1). Ce n'étaient donc point, bien que certains auteurs l'aient soutenu d'après la loi 22 *de fidejussoribus* (D. XLVI, 1), des personnes morales. La loi 1 au Digeste *quod cujuscumque* (D. III, 4) s'y oppose. Aucune société à Rome ne peut exister comme personne morale sans l'assentiment de la puissance publique, et nous pouvons remarquer qu'il y en a peu d'exemples, la société des publicains, celle des mines, et les *collegia* : « *Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi*

(1) La taxe de guerre imposée par Sylla à la province d'Asie et avancée par les banquiers romains s'enfla en 14 ans au point d'atteindre six fois sa valeur primitive, (Mommsen, t. V, liv. IV, ch. 11, p. 238.

*corpora* ». Aucun texte ne parle à ce titre des sociétés *argentariorum*, on ne peut donc les ranger arbitrairement dans une classe exceptionnelle.

Elles résultaient du contrat de société ordinaire : sociétés *universorum bonorum* ou *omnium quæ ex quæstu veniunt*, ce qui devait être fort rare ; sociétés *unius negotiationis* ou *unius rei*, ce qui était bien plus fréquent. En effet, unis pour le commerce, les *argentarii* ne devaient pas désirer un lien plus étroit, ils partageaient les risques de bonne ou de mauvaise fortune attachés à leur industrie. En pratique il ne durent jamais recourir à la société universelle, sans qu'il nous soit permis d'en conclure qu'elle leur fût interdite. Un seul texte au Digeste fait allusion d'une manière explicite aux conséquences entre banquiers de telles associations, il laisse en propre à chaque associé tous les profits qu'il retire d'une cause étrangère au commerce (L. 52, § 5, D *pro socio*, XVII, 2). « *Quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quæsiit, id ad communionem non pertinere.* »

19. — Mais des lois nombreuses prévoient et réglementent les rapports des associés avec les tiers.

Tout d'abord plusieurs maîtres ont pu mettre à la tête d'une banque un esclave commun. En principe (L. 5, § 1, D. *quod jussu*, XV, 4) cet esclave n'oblige que celui-là de ses maîtres avec le consentement duquel il agit. Mais une telle règle ne peut être pratiquement appliquée à un esclave gérant une banque, la ratification des divers maîtres eût été nécessaire pour chaque contrat. Quelle que fût donc la part d'intérêts de chacun des *domini* dans la banque, le créancier pouvait tous les actionner et chacun pour le tout. — Il n'est pas tenu de connaître l'organisation intérieure de la société, il ne divisera pas son recours « *in solidum unumquemque conveniri posse* » (L. 13, § 2, D. *de inst. act.* XVI, 3).

Mais là n'est point encore la difficulté. Voyons les *argentarii socii* agir par eux-mêmes, et tâchons d'élucider les controverses soulevées à ce sujet tant parmi les jurisconsultes romains que parmi les interprètes modernes. — Un des *argentarii socii* a conclu acté avec un tiers sans que ses associés soient intervenus, quel sera à leur égard l'effet de ce contrat ?

En principe, quand un associé contracte avec un tiers, cet associé est seul créancier ou seul débiteur, seul il peut agir ou être actionné (1). La société n'entraîne nullement la corréalité. Le tiers ne connaît pas les autres associés, il ne peut pas les attaquer ni être inquiété par eux. L. 8?, *pro socio*, D. XVII, 2.) — En sera-t-il de même entre *argentarii socii ?* M. de Savigny (2) ne le pense pas. « Le droit coutumier, dit-il, fit admettre comme règle que tout membre de la société serait obligé de répondre seul à l'action pour la totalité de la dette. » Il y aurait là une sorte de solidarité légale résultant de la société : l'associé du contractant devrait rembourser la somme empruntée ou pourrait réclamer le montant du prêt, comme s'il eût été lui-même l'emprunteur ou le prêteur. Cette doctrine généralement admise a trouvé des contradicteurs (3). C'est à tort, croyons-nous. Le texte de Cicéron n'est pas aussi vague qu'on veut bien le dire : « *Id quod argentario tuleris expensum, a socio ejus repetere possis* (4) ». La loi 27 pr. (D. *de pactis*, II, 14) me semble non moins formelle: « *Tantum enim constitutum ut solidum alter petere possit* ». Je dirai plus, cette opinion, tant attaquée au nom de l'équité et de la raison, est équitable et rationnelle au premier chef. Il y aura grand inconvénient, dit-on, pour le

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n. 627, p. 517.

(2) Savigny, *Obligations*, trad. Jozon, t. I, § 17, p. 171. — *Sic*, Accarias, t. II, p. 517, note 2. — Demangeat, *Obligations solidaires*, p. 164.

(3) Guillard, *Les banquiers athéniens et romains*, p. 49 et suiv.

(4) Cicéron, *ad Heren.* II, 13.

tiers à se trouver actionné par un banquier qu'il n'a pas connu, avec lequel il n'a pas traité. La réponse, ce me semble, est facile. Ce n'est pas avec l'un ou l'autre des banquiers associés, mais avec la Banque que le tiers a contracté, il ne connaît que la *Mensa* et son enseigne. Peu lui importe combien de maîtres sont à la tête de l'établissement, cela n'influe pas directement sur l'existence de sa créance. Qu'il y ait ou non plusieurs associés, la banque est toujours unique. Le tiers actionnera le premier associé venu : son action ne peut être divisée ni limitée à un seul *socius*. Il en est ainsi dans les sociétés de marchands d'esclaves. (L. 44, § 1, D. *de ædilit. edicto*, XXI, 1.) Pourquoi ne pas appliquer ici la même solution ?

Et n'en concluons pas que la société entre *argentarii* engendre entre eux la corréalité. Si le lien qui en résulte pour eux ressemble à celui qui unit des débiteurs ou des créanciers corréaux, il s'en distingue cependant profondément en ce que le tiers a traité avec un des associés sans songer aux autres, et qu'il peut actionner dès lors une personne absolument étrangère, du moins dans son esprit, au contrat (1). Cette exception aux principes se justifie par la faveur dont le législateur entourait les banques, et par son désir de faciliter les paiements. C'est, comme nous l'avons dit déjà, un cas de solidarité légale.

20. — Mais la corréalité pouvait avoir lieu, même entre *argentarii* non *socii*. Elle était alors produite par une cause indépendante de la banque, une *costipulatio* ou une *expensilatio*, commune *argentarii quorum nomina simul facta sunt* (L. 9 pr. D. *de pactis*, II, 14), *quorum nomina simul eunt* (L. 34 pr. *de receptis*, D. IV, 8). Une telle corréalité les assimilait à des *rei stipulandi*.

Le droit romain identifie sur ce point le contrat littéral et

(1) Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, n. 186, p. 70, note 13.

la stipulation (1). Quand deux citoyens ont porté un tiers sur leurs registres domestiques comme leur débiteur pour une seule et même créance, il sont *correi*. Nous appliquons les mêmes principes aux banquiers, qu'ils soient ou non *socii*. Les deux textes précités nous y autorisent : le premier ne fait pas mention d'une société entre eux ; et si le second en parle, il fait seulement dépendre de cette circonstance le sort du compromis, non le rapport de corréalité : « *Unius loco numerabuntur, quia unum debitum est* ». Les *correi* seront comptés pour un seul, parce que la dette est unique.

Seulement, et c'est ici une observation générale applicable à tous les *correi*, l'opération n'est admissible qu'avec un règlement de comptes entre les participants (2). A moins d'être des fous avérés, ou des filous, jamais deux personnes ne fourniront une somme à une troisième, à la condition qu'un seul paiement éteindra toute dette et tout recours entre cocontractants. Dans un contrat à titre gratuit, une telle clause pourrait à la rigueur se comprendre, mais il y faut renoncer en matière de contrats à titre onéreux. Il y aura donc entre *argentarii socii* ou corréaux un règlement de comptes, il se fera, suivant les cas, par les actions *pro socio, communi dividundo*, ou *mandati*. Cette situation de corréalité était une ressource sous le régime des actions de la loi pour le créancier qui ne pouvait agir personnellement à l'échéance. On a fait de grands efforts pour trouver des exemples de corréalité active ou passive entre personnes n'ayant rien à régler ensemble ; c'est en vain. Les textes y répugnent, et aussi la logique. Peu de gens sensés consentiraient à affronter une loterie où il y aura chance de perte, mais non chance de gain.

(1) Savigny, t. I, p. 167, § 17.

(2) Machelard, *Dissertations*, 1882. — *Observations sur la corréalité*, n. 6, p. 416.

21. — En somme donc, que les *argentarii* soient *socii* et par là même légalement solidaires, ou qu'ils soient volontairement *correi*, les effets de l'obligation sont les mêmes à l'égard des tiers. Mais le résultat de l'opération leur sera commun, et ils partageront les profits ou les pertes au moyen d'une des actions précitées.

Le droit pourra aussi être épuisé, l'obligation commune éteinte par le fait d'un seul, au cas de *litis contestatio* par exemple. La chose n'est due qu'une fois : une fois fournie, toute dette est éteinte. Les *argentarii* sont-ils débiteurs, si dans la personne de l'un d'eux se produit un fait extinctif de l'obligation opérant *ipso jure*, tous sont libérés. De même, s'ils sont créanciers, l'acceptilation émanée d'un seul lie tous les autres qui ne pourront plus rien réclamer au débiteur.

Cette théorie, conséquence forcée de tout ce que nous venons de dire, n'a jamais fait de difficulté en ce qui concerne le paiement et l'acceptilation. Mais elle soulève une grave controverse en ce qui concerne la novation, et il y a sur ce point difficulté réelle à concilier les lois 27 pr. *de pactis* (D. II, 14) de Paul, et 31, § 1, *de novationibus* (D. XLVI, 2) de Venuleius. Disons de suite, pour ne pas surcharger une discussion aussi grave, que le pacte de remise fait *in rem* à l'un des *argentarii socii* profite aux autres (L. 25 pr. D. *de pactis*), mais qu'au contraire, le pacte émané d'un des associés ne saurait nuire aux autres. C'est la doctrine incontestée de notre loi 27 pr. *de pactis*. Mais revenons à la novation.

La loi 27 pr. *de pactis* est ainsi conçue : « *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit : an etiam alteri noceat exceptio ? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere : tantum enim constitutum ut solidum alter petere possit. Idem Labeo : nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur. Sic enim et his qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint,*

*licet novare non possint : quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est* ». Paul semble donc assimiler, entre *argentarii socii* ou *rei stipulandi*, la novation au pacte de remise et lui refuser toute influence sur les cocréanciers.

Venuleius nous dit tout le contraire (L. 31, § 1, D. *de novationibus*) : « *Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quæritur : et quid juris unusquisque sibi adquisierit ?... Si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit* (1). *Eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus, alioquin quid dicemus si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit ?* » La novation, comme le paiement, libère le débiteur vis-à-vis de tous les stipulants, lors même qu'elle émane d'un seul.

Tâchons de concilier ces deux textes. Mais, avant tout, disons que la solution de Venuleius est la véritable, elle est la plus conforme aux principes, et devait prévaloir. Elle est d'ailleurs placée au siège de la matière, au titre *de novationibus*, et elle a dû y être insérée avec d'autant plus de réflexion qu'elle est fortifiée et justifiée par la comparaison qu'établit le jurisconsulte entre la novation et le paiement. Comment donc admettre la contradiction apparente de Paul ?

M. Accarias (2) y voit la preuve d'un dissentiment profond entre les deux écoles de jurisconsultes romains : les Proculiens permettant aux *rei* de nover les uns pour autres, les Sabiniens ne le tolérant pas.

(1) Ces mots « cum id specialiter agit » ont dû être insérés dans la loi par les compilateurs du Digeste, pour la mettre en harmonie avec les principes nouveaux exigeant dans la novation l'expression formelle de l'*animus novandi*. (*Inst. Just.* III, 29, § 3.)

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 325, note 1, n. 550. — *Sic*, Demangeat. *Obligations solidaires*, p. 308-310. — Faber, t. I, p. 203.

M. de Savigny (1) enseigne que la phrase incidente de notre loi 27 « *nam nec novare alium* » ne s'applique qu'à l'*argentarius socius*. Les *rei stipulandi* peuvent nover, mais non faire un pacte opposable à un *correus*, et les mots « *idemque in duobus reis stipulandi dicendum est* » sont relatifs uniquement à la solution principale sur le pacte de *non petendo*.

Pour d'autres (2), la solidarité prévue entre banquiers par la loi 27 ne résulte pas du fait seul de la société, puisque la fin du texte s'applique à deux *rei stipulandi*. Elle résulte d'une double *expensilatio* faite par deux *argentarii* pour la même affaire.

Certains auteurs remanient les textes plutôt qu'ils ne les expliquent : les uns effaçant de la loi 27 le mot *sociis*; les autres, au contraire, substituant aux derniers mots de cette loi *reis stipulandi* ceux d'*argentariis sociis*, de telle sorte que la décision de Labéon pour la novation n'aurait d'application que chez les banquiers associés. Les lois 27 *de pactis* et 31 *de novationibus* viseraient des hypothèses diverses.

Nous croyons pour notre part pouvoir concilier ces textes, car ils ne sont nullement contradictoires. La loi 27 *de pactis* s'occupe spécialement du pacte de *non petendo*. Entre banquiers *socii*, comme d'ailleurs entre *rei stipulandi*, il n'oblige que celui dont il émane. La constitution instituant entre eux la solidarité légale a seulement accordé à l'*argentarius socius* le droit d'intenter l'action pour la dette entière. Paul, à l'appui de sa doctrine, invoque l'autorité de Labéon, dont le raisonnement peut se traduire ainsi : « Pourquoi le droit de recevoir le paiement entraînerait-il celui de faire un pacte opposable aux autres *socii*? Tel peut parfois recevoir un paiement qui ne peut cependant nover, par exemple ceux qui sont en notre

(1) Savigny, *Obl.* t. I, § 18, p. 194, note 5.
(2) Guillard, *op. cit.*, p. 50.

puissance. » Paul approuve cette argumentation, et continuant sa propre idée, il conclut : au point de vue du pacte il en est de même entre *rei stipulandi*. Toute la phrase de Labéon, depuis « *Idem Labeo* » jusqu'à « *quod verum est* », n'est qu'une parenthèse. Donc, au point de vue des *rei stipulandi*, aucune difficulté. Paul et Venuleius sont d'accord, ou du moins ils prévoient des hypothèses différentes et ne se contredisent point. Pour tous les deux, la novation éteint la dette à l'égard de tous, « *similem esse solutioni existimemus* (1) ».

Et il en sera encore, croyons-nous, de même entre *argentarii socii*, et pour les mêmes motifs, Venuleius eût-il oublié de mentionner cette exception au principe général. Or aucun texte au Digeste ne leur refuse formellement ce droit de nover. La loi 27 *de pactis*, dans la parenthèse qu'y occupe la théorie de Labéon, peut en effet s'expliquer tout autrement. Le mot *alium* ne serait guère le mot propre pour désigner l'*argentarius*, il faudrait *alterum*. Si cette observation a peu de force en raison du fréquent emploi que les auteurs latins font de ces deux mots l'un pour l'autre, elle nous suffit amplement pour refuser d'admettre une exception très douteuse aux principes généraux de la corréalité.

22. — En somme donc, et c'est le point important de la matière, la solidarité chez les *argentarii* n'est pas toujours conventionnelle, elle naît de l'existence même de la société.

(1) Savigny, *Obl.* t. I, § 18, p. 196. — Maynz, t. II, § 293, note 28, et § 294, note 5, p. 567 et 571.

## CHAPITRE II.

### FONCTIONS DES ARGENTARII.

23. — Les attributions des *argentarii* à Rome sont fort nombreuses : ils sont changeurs, prêteurs d'argent, dépositaires, commissaires-priseurs et notaires. Dans une première section nous étudierons les opérations qui tiennent à la nature de la banque ; nous placerons dans une seconde celles qui lui sont étrangères.

### SECTION I.

#### OPÉRATIONS RELATIVES A LA BANQUE.

I. — *Les* argentarii *s'occupent du change des monnaies.*

24. — Ce dut être là, dans l'ordre chronologique, leur première occupation. Avant la création de la monnaie romaine (1), ils changeaient les pièces étrangères. Cette fonction augmenta sans cesse d'importance avec les conquêtes de Rome. Les peuples vaincus conservent le droit de battre monnaie, et alors que, suivant le mot de Cicéron, « il ne se remue pas un écu dans le monde sans qu'il en soit tenu registre au forum », il faut à Rome des hommes compétents pour contrôler les divers types, en préciser la valeur et en faire l'échange suivant les besoins du public. Ajoutons à cela le faux monnayage toujours actif, l'insouciance et parfois la complicité du pouvoir à ce

(1) La monnaie d'argent romaine date de l'an 269 avant J.-C. Jusque-là, on n'avait que de lourdes pièces de cuivre qu'il fallait transporter au Trésor sur des chariots.

sujet ; joignons-y encore les variations dans la valeur de l'étalon de cuivre, les crises financières fréquentes : peut-être alors apprécierons-nous justement les difficultés inhérentes au rôle du changeur « *qui per argentum æs videt* (1) ».

> *Tamen enim distantia quæritur in auro.*
> *Vultus, ætas et color, nobilitas, litteratura,*
> *Patria, gravitas atque ad scriptulos*
> *Quæritur in auro plus quam in homine.* (Plaute, *Querelus*, 251.)

Aussi peu de paiements se faisaient-ils en dehors de l'*argentarius*, car il empêchait toute fraude et faisait en même temps le change des monnaies, si l'on en avait besoin. C'est là le change sur place : les Romains l'appelaient *Collybus*, du mot grec κόλλυβος, et le salaire accordé au banquier pour le faire portait le même nom.

25. — Mais nos *argentarii* ne tardèrent pas à aborder le véritable contrat de change et à faire le commerce d'argent de place en place. Un banquier de Rome se chargeait parfois de fournir une somme à Ephèse ou à Athènes : « *Id quæro*, écrit Cicéron à Atticus (2), *quod illi opus erit Athenis permutarine possit an ipsi ferendum est* ». Le fils de Cicéron part pour faire ses études en Grèce : son père voudrait lui éviter l'ennui d'emporter une grosse somme. La lettre 27 au même Atticus poursuit la même idée : « *De Cicerone, ut scribis, ita faciam, ipsi permittam de tempore : nummorum quantum opus erit, ut permutetur, tu videbis* (3). » Les banquiers étaient les plus à même de répondre à de tels besoins.

Faut-il conclure de ces textes à l'existence en droit romain d'un effet de commerce correspondant à notre lettre de change ?

(1) Pétrone, Satyr. 56.

(2) Cic. Lettres, liv. XII, n. 24, *ad Atticum*.

(3) Cic. liv. XII, n. 27, *ad Atticum*. — *Sic, ad Att.* XV, 15 ; XI, 1, 24. — *Ad div.* II, 17 ; III, 5, — *Ad Quint. fr.*, I, 3.

On l'a soutenu. Sauf la clause à ordre, a-t-on dit, qui d'ailleurs n'est pas de son essence, la lettre de change circulait à Rome, rédigée au porteur, sorte de billet de banque (1). Nous n'en croyons rien (2). Nous trouvons bien à Rome le germe du contrat de change, mais rien de plus. Le droit y est trop formaliste pour admettre une cession de créance aussi facile, pour détacher l'obligation de la personne des contractants jusqu'à en permettre l'endossement, *a fortiori* jusqu'à en faire un titre au porteur. Pour obtenir un transfert de créance d'une place sur une autre, on avait recours à des expédients. Cicéron achètera le titre d'un créancier sur la place d'Athènes, et ce dernier donnera mandat à son débiteur (*permutatio*) de payer au fils de Cicéron. Mais cet achat n'est guère praticable que chez les banquiers, qui, nous pouvons le supposer, avaient des succursales dans diverses villes. On pouvait d'ailleurs, pour assurer l'exécution du contrat, joindre à cette convention la stipulation d'une *pœna*. Toutes les questions relatives à l'exécution des contrats de place en place étaient laissées à l'*arbitrium* du juge. « *Ideo in arbitrium judicis refertur hæc actio, quia scimus quam varia sint pretia rerum per singulas civitates, regionesque.... : pecuniarum quoque, licet videatur una et eadem potestas ubicunque esse, tamen aliis locis facilius, et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius, et gravibus usuris.* » Gaius, liv. 9, *ad Ed prov.* L. 3, D. XIII, 4.)

Ce n'était pas là en somme un mode très pratique de se procurer de l'argent sur une autre place que celle du contrat; parfois, comme le dit Gaius, il devait être difficile de trouver des créances sur certaines villes. S'il en eût été autrement, nul doute que, pour les prêts à la grosse aventure, on eût recouru à ce procédé commode, au lieu d'envoyer au port d'arrivée un

(1) Cruchon, Thèse de Doctorat, p. 137 et suiv.

(2) Savigny, *Obl.* t. II, § 65, p. 263. — Pothier, *Change*, ch. 1, § 1.

esclave chargé d'opérer le recouvrement. (L. 4, § 1, *de naut. fœn.* D. XXII, 2.)— Quant à croire que les banquiers romains employérent, concurremment avec la monnaie, de véritables effets de commerce, je ne saurais m'y résoudre, sous peine de considérer leur législation et leur comptabilité en matière de commerce comme aussi perfectionnées au moins que les nôtres (1).

### II. — *Ils reçoivent des Dépôts.*

26. — Les *argentarii*, si décriés par certains auteurs, étaient peut-être les citoyens de Rome dont la bonne foi fut le moins suspectée. — On en peut trouver la preuve dans les nombreux dépôts qui leur venaient tant des particuliers que du Trésor public (2). On a été jusqu'à en conclure que le dépôt était de l'essence de la banque. C'est une exagération. Il pouvait y avoir dépôt chez tout autre que chez un banquier, mais ils étaient des dépositaires désignés par la nature de leurs fonctions. On avait de l'argent chez son banquier :

> *Quantillum argenti mihi trapezitam sciet*
> *Subducam ratiunculam.*

Ces dépôts étaient de deux sortes : dépôts réguliers ou dépôts irréguliers.

27. — Le dépôt régulier s'opérait par la remise des espèces au banquier, à charge de les conserver fidèlement et de les rendre à première requisition. Le déposant allait partir pour un voyage, ou, même restant à Rome, avait peu de confiance dans la sécurité de sa caisse, il confiait la garde de sa fortune à son banquier. Celui-ci lui devait restituer exactement les mêmes écus, il n'en pouvait disposer sous peine de faire un *furtum*

(1) Savigny, *Obl.* t. II, § 44, p. 79.
(2) Cicéron, *pro Flacco*, 19.

*usus* (L. 29 pr. *depositi*. D. XVI, 3), et cette obligation avait à Rome une singulière importance en raison de la variété des monnaies au point de vue du titre et de la valeur.

Ce contrat, absolument gratuit à l'origine, se transforma le jour où les *argentarii* prélevèrent un droit de garde. « *Mercede constituta incipit locatio et conductio esse.* » (*Inst.* liv. III, tit. 27, § 13.) — Ce changement de nature augmenta la responsabilité du dépositaire. — Il n'était jusque-là tenu que de son dol, tout au plus, s'il est banquier, de sa faute *in concreto* en raison de sa fonction, car il n'a aucun intérêt au dépôt, et d'ailleurs le déposant est responsable de son choix : « *Quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suæ facilitati id imputare debet.* » (*Inst.* liv. III, tit. 14, § 3. L. 1, § 5, *de oblig. et act.* D. XLIV. 7.) Du jour où il reçut un salaire, il fut tenu de sa faute *in abstracto*.

28. — Mais le dépôt régulier était peu usité chez les banquiers, il était peu productif. — Ils préféraient, au moyen du dépôt irrégulier, acquérir la propriété des écus et le droit d'en disposer, à charge d'en rendre la valeur, soit à première réquisition, soit dans un délai fixé d'avance, soit après en avoir reçu avis. La jouissance de telles sommes leur permettait de réaliser de gros bénéfices. — Aussi ne négligeaient-ils rien pour les faire affluer dans leurs caisses : ils associaient dans une certaine mesure les clients à leurs gains. L'intérêt qu'ils leur payaient ainsi devait varier avec les fluctuations du marché de Rome, qui, pour ne pas connaître les jeux de bourse, n'était pas à l'abri des paniques et des désastres financiers. — Dans de telles opérations, le banquier est toujours tenu de sa faute *in abstracto*.

Les intérêts, consentis d'abord par spéculation, devinrent de la nature du contrat sans le transformer cependant : on les pouvait réclamer par l'action *Depositi*. — La question

fut cependant débattue, et plusieurs textes semblent ne plus voir dans ce cas le contrat *bonæ fidei* de dépôt (L. 1, § 34, *depositi vel cont.* D. XVI, 3. — L. 9, § 9, et L. 10, *de reb. cred.* D. XII, 1). Néanmoins le rigorisme de l'ancien droit dut s'incliner devant les nécessités de la pratique. — Ce dépôt dégénéré resta contrat de bonne foi. — Le pacte d'intérêts joint au contrat *dat legem contractui.* Papinien l'affirme (L. 24, D. *depositi*). — Sempronius a déposé cent écus chez Lucius Titius : peut-il exiger des intérêts ? Non sans doute, si les parties sont convenues « *ut corpora nummorum eadem redderentur* ». Mais en sera-t-il de même au cas de dépôt irrégulier ? « *Respondi depositi actionem locum habere... In qua quæstione, si depositi actio non teneat, cum convenit tantumdem, non idem reddi rationem usurarum haberi, non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantumdem possit officium arbitri quantum stipulatio... : si ab initio de usuris præstandis convenit, lex contractus servabitur.* » — Ce pacte peut même être supposé par le juge là où il n'a pas été fait (L. 25, § 1, et 29, § 1, D. *depositi*). Le taux en est fixé par lui : « *cum judicio bonæ fidei disceptatur: arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est, constituitur ; ita tamen ut Legi non offendat* (L. 1 pr. *de usuris*, D. XXII, 1).

29. — Seulement, si le déposant, ayant entendu faire un dépôt régulier, autorise par la suite le banquier à user des écus, le dépôt se transforme en *mutuum* (L. 9, § 9, *de reb. cred.* D. XII, 1). Il en est de même si le déposant a laissé son argent au banquier en lui permettant de s'en servir à titre de prêt : il y aura *mutuum* du jour ou il en aura été fait usage (L. 10, *de reb. cred.* ; L. 1, § 34, *depositi*). Pour distinguer ce cas du dépôt irrégulier, il faudra rechercher l'intention des parties (1).

(1) Accarias, t. II, p. 436, n. 598, A.

30. — En dehors de ces dépôts, la caisse des banquiers devait être souvent choisie comme séquestre, car, d'une part, nous ne saurions trop le répéter, nul à Rome ne jouissait à l'égal des *argentarii* de la confiance publique, et, de l'autre, les créances provenant de dépôts faits chez eux étaient protégées par la Loi. Nous verrons plus tard comment.

### III. — *Ils prêtent à intérêt.*

31. — Le dépôt entraînait le prêt. Ayant en mains des sommes considérables provenant, et de leurs richesses personnelles, et des fonds à eux confiés, les banquiers en tirèrent, au moyen du prêt, de gros profits. Aussi sont-ils dits *argentarii fœneratores* (1).

Ils n'étaient pas les seuls à demander des bénéfices à l'usure. Si l'on consulte les auteurs, le prêt à intérêt semble bien contraire aux mœurs romaines. « *Quid enim ista sunt?* nous dit Sénèque (2), *quid fœnus et calendarium, et usura, nisi humanæ cupiditatis extra naturam quæsita verba ? Quid sunt istæ tabulæ, quid computationes, et venale tempus et sanguinolentæ centesimæ? voluntaria mala ex constitutione nostra pendentia.. inanis avaritiæ somnia.* » Nos pères, dit Caton, ordonnaient et inscrivirent dans leurs lois que le voleur serait condamné à restituer le double, mais l'homme qui prête à intérêt le quadruple. Nous voyons par là à quel point ils trouvaient l'usurier plus mauvais citoyen que le voleur (3). Mais la pratique donnait un solennel démenti à ces témoignages. Sénèque lui-même prête à gros

(1) Plaute, *Curc.*, III, 1, 7.

(2) Sénèque, *de Benef.*, liv. VII, X.

(3) Ses actes sont conformes à ses paroles. Gouverneur de Sardaigne, il pense faire perdre la tête aux banquiers romains (Mommsen, t. III, p. 337).

intérêts (1). Brutus et Caton exigent 48 0/0 de leur argent ; Pompée en demande 50 0/0 ; et Alexandre Sévère fera preuve d'une générosité sans exemple en prêtant à 4 0/0. On prête à l'année, au mois, à la semaine, même au jour. Les lois sont impuissantes à refréner cette usure, et Tacite peut écrire : « *Sane vetus Urbi fœnebre malum, et seditionum discordiarumque creberrima causa* (2). »

32. — Les emprunteurs ne manquaient pas d'ailleurs. L'état des fortunes romaines, vers la fin de la République, est effrayant. Les dépenses les plus extravagantes n'étonnent plus, tout personnage en vue se ruine au moins une fois. Nul homme politique qui ne doive des sommes énormes. César, vers l'an 692 de Rome, doit 25 millions de sesterces ; Marc Antoine 40 millions à 38 ans, soit 10 millions de francs. Les succès politiques sont à ce prix : les élections se font à prix d'or et les courtiers d'élections (*divisores*) achètent les voix dans les tribus. Le taux de l'intérêt monte brusquement de 4 à 8 0/0 quand les compétiteurs pour le consulat font leurs emprunts (3). Les créanciers appuyaient chaleureusement la candidature de leur débiteur afin d'en être remboursés, mais ils devaient souvent être victimes de castastrophes comme la banqueroute de Milon qui donna un dividende de 4 0/0 environ.

33. — Nos *argentarii* devinrent-ils des usuriers comme tant d'autres ? Cela est peu probable, malgré le mot de Suétone dans la vie d'Auguste : « *Argentarii habebant manus collybo decoloratas* ». Ils étaient forcés par situation de se tenir dans de justes limites.

(1) Tacite, *Annales*, XIV, 53.

(2) Tacite, *Ann.* VI, 16.

(3) Voir Mommsen, t. VII, p. 243, liv. v, ch. 11. Madvig, *l'Etat romain*, ch. 3, § 10, trad. Morel, t. I, p. 291. Cic. *ad. Quint.* fr. II, 15 ; III, 2, 3. Suétone. César, 19.

Seulement ils jouaient un grand rôle, et c'est chose facile à concevoir, dans tous les prêts d'argent.

Peu de prêts, même entre particuliers, se faisaient sans eux : on n'osait pas traiter sans consulter son banquier. La fraude était à l'ordre du jour et Rome n'avait rien à envier à la foi punique. Seul l'*argentarius* était capable d'apprécier sainement la valeur des monnaies prêtées et de donner aux parties une sérieuse sécurité. Presque toujours on le prenait comme intermédiaire (1).

Mais ils ne se contentaient pas, nous l'avons dit, de présider ainsi aux transactions particulières, ils prêtaient eux-mêmes, et le plus souvent possible, « *apud omnes gratiosi* » (2). Ils pratiquaient beaucoup le prêt à la grosse, dans lequel, en raison des risques, ils pouvaient légitimement exiger des intérêts plus élevés que les intérêts légaux : 15 ou 20 0/0 et même davantage. Avant Justinien, aucune loi spéciale ne vint réglementer le prêt des *argentarii*. Disons donc brièvement comment on prêtait à Rome et quel était le taux de l'intérêt.

34. — Le *Mutuum* était un contrat de droit strict : la convention d'intérêts ne pouvait naître que d'une stipulation, possible seulement entre présents, exigeant des paroles solennelles. Aussi les banquiers s'efforcèrent-ils d'atténuer les rigueurs de la loi. Les prêts reçus par eux l'étaient surtout sous la forme de dépôts irréguliers, ce qui leur permettait de promettre les intérêts par simple pacte, le pacte joint *in continenti* à un contrat de bonne foi pouvant augmenter l'obligation. Si d'emprunteurs ils devenaient prêteurs, ils n'employaient pas toujours l'indispensable stipulation. Le simple pacte suffisait dans le prêt

(1) Quintilien, XI, 92. Plaute, *Curc,* II, 3, 66; III, 1, 64; IV, 3, 3 ; V, 2, 20 ; 3, 34.

(2) Cicéron, *de Officiis,* III, 14.

à la grosse pour faire naître les *usuræ maritimæ* (L. 7, *de naut. fœn*, D. XXII, 2). D'autres fois ils s'en rapportaient à la bonne foi de leurs clients, et comprenaient, du consentement de leur débiteur, les intérêts dans l'inscription qu'ils portaient sur leurs registres, dans l'*expensilatio* (1).

C'est peut-être au fréquent emploi du *mutuum* dans les banques que l'on doit l'extension de sa sphère d'application. La tradition de l'objet prêté n'émane plus nécessairement du prêteur. D'après Ulpien, il y a obligation *ex mutuo*, soit que vous touchiez une somme de mon débiteur et la gardiez à titre de prêt, soit que, me devant une somme comme mandataire, vous la conserviez au même titre, soit enfin que vous usiez, comme d'une somme prêtée, du prix d'un objet que je vous ai donné pour le vendre (L. 11, pr. et L. 15, *de reb. cred.* D. XII, 1). Quelques années auparavant, Africain était d'un avis contraire (L. 34, pr. *Mand.* D. XVII, 1). Le besoin de liberté dans les relations commerciales influait puissamment sur le droit.

Le banquier exigeait de son emprunteur, pour assurer sa créance, soit une stipulation, soit le plus souvent une reconnaissance écrite (*cautio*, *instrumentum*). Mais ils ouvraient des crédits et ils ne savaient pas si, au jour où ils paieraient les deniers, le débiteur pourrait encore leur donner promesse ou billet. Aussi exigeaient-ils la promesse ou la reconnaissance d'avance. C'était là une pratique générale chez les capitalistes. Mais si plus tard les deniers ne sont pas comptés, il y aurait dol à les réclamer. Aussi Gaius donne-t-il à l'emprunteur (Com. IV, §§ 116 et 117) l'exception de dol ; Ulpien y joint une exception spéciale rédigée *in factum* et dite *non numeratæ pecuniæ* (L. 29, pr. *Mand.* D. XVII, 1.—L. 2, § 3, et L. 4, § 16, *de dol. mal. et met. except.* D. XLIV, 4). Caracalla alla bien plus loin : il mit à la charge du

1) Cicéron, *ad div.* VII, 23.

prêteur la preuve du fait de la numération (L. 3, *de non num. pecun*, C. IV, 30). C'était encourager la mauvaise foi des débiteurs. Les *argentarii* souffrirent beaucoup d'une telle situation, et ne cessèrent de s'en plaindre que lorsque pour eux elle eût été modifiée.

35. — Voyons maintenant quel était à Rome le taux de l'intérêt : « *Primo duodecim tabulis sanctum ne quis unciario fœnore amplius exerceret, cum anteu ex libidine locupletium agitaretur* (1) ». Jusqu'à la loi des douze Tables donc l'intérêt était libre. En présence des révoltes de la plèbe contre les exactions prétoriennes, le taux en est fixé à l'*unciarium fœnus*, c'est-à-dire suivant les uns à 12 °/°, suivant les autres à 8 $^1/^3$ °/° par an. Réduit de moitié en 408, sur la demande des tribuns, il est supprimé par la loi Genutia en 413, mais ce fut une trêve de courte durée. Au temps de Cicéron, le taux légal est 12 °/° par an, et il demeure tel jusqu'à Justinien (2). Ce prince le réduit à 4 °/° pour les personnes illustres, 8 °/° pour les commerçants et 6 °/° pour toute autre personne ; sa décision est applicable à tout l'empire (L. 26, § 1, *de usuris*. C. IV, 32).

Jusque-là le taux de l'intérêt était resté libre dans les provinces livrées ainsi en pâture aux exactions de *fœneratores*. Cicéron, étant proconsul en Cilicie, fixa le taux de l'intérêt à 12 °/° comme à Rome ; on ignore si cet exemple fut suivi.

Partout et de tout temps, l'anatocisme fut défendu pour les intérêts non échus (L. 27, *de re jud.* D. XLII, 1. L. 20, C. *ex quib. caus. inf.* II, 12). Justinien étend la prohibition même aux intérêts échus (L. 28, *de usuris*, C. IV, 32). Les intérêts, dans le droit classique, cessaient de courir du jour où leur somme égalait le

(1) Tacite, *Annales*, VI, 16.

(2) Cic, *ad Att.*, I, 12 ; V, 21 ; VI, 1. Pline, *Epist.* X, 63. L. 40, D. *d reb. cred*, XII, 1.

capital (L. 26, § 1, *de cond. ind.* D. XII, 6.— L. 10, *de usur.* C. IV, 32). Justinien décide qu'ils ne pourront jamais, payés ou non, dépasser le capital (*Nov.* 121 et 138).

### IV.— *Ils s'obligent pour leurs clients* (*Receptum*).

36.— Nous sommes ici en présence d'un contrat particulier aux banquiers. Le *receptum* est d'origine fort ancienne; mais comme il est peu usité au temps de Justinien, nous n'avons sur lui que des renseignements incomplets. Un paragraphe aux Institutes (liv. IV, tit. 6, § 8), et une constitution de Justinien (L. 2, *de const. pecun.*, C. IV, 18), fort peu claire d'ailleurs : tels sont nos textes. Les lois au Digeste qui en pouvaient parler ont été soigneusement expurgées et corrigées (L. 6, § 3, *de edendo*. D. II, 13). Nous savons seulement par le § 2 de la constitution de Justinien que cette institution n'était pas encore tout à fait abandonnée, puisqu'il autorise la survivance des règles anciennes pour les *recepta* passés avant la promulgation de la nouvelle loi : « *His quæ argenti distractores ... indefense constituerint, in sua firmitate secundum morem usque adhuc obtinentem durantibus* (1) ».

37.— Qu'était-ce donc que le *receptum* ? C'était un contrat par lequel les *argentarii* s'engageaient à payer à jour fixe leurs dettes propres ou celles de leurs clients. L'origine et le but premier nous en sont inconnus, le champ est ouvert aux conjectures. Ce qui est certain, c'est que dans le vieux latin *recipere* veut dire promettre, se charger de, s'engager (2). Le *receptum* a donc dû être avant tout le mode d'*intercessio* propre aux banquiers : ils

(1) Cujas, *in Cod*, liv. IV, tit. 18. Accurse pense que par cette constitution Justinien maintient pour le passé les statuts particuliers des collèges de banquiers.

(2) Cic. *ad fam.*, 4, ep. 8. Maynz, t. II, p. 387, § 251. « *Recipitur, id est promittitur, id est pro judicato respondetur.* » Asconius Pedianus.

prenaient jour pour payer leurs dettes ou celles des particuliers leurs clients. Leur simple promesse, sans solennité de paroles ou d'écritures, était obligatoire d'après le droit civil, elle engendrait l'action *receptitia*. L'unique cause de l'obligation dans le *receptum*, c'est le *receptum* lui-même, en vertu de cette idée: que le banquier, devant toujours tenir ses comptes en règle, ne peut pas se tromper quand il se reconnaît débiteur.

Telle ne semble pas être la théorie de Justinien : « *Receptitia actione cessante*, dit sa constitution, *quæ solennibus verbis composita* ». Aussi certains auteurs en ont-ils conclu à la nécessité, au moins à certaines époques, de paroles solennelles dans le *receptum* (1). Mais alors le *receptum* eût été aussi gênant que la stipulation ; et les *argentarii*, répudiant les formalités de l'une, n'auraient pas fait de l'autre un fréquent usage. Tout au plus , selon nous, exigeait-il des écritures fort simples (2) ; nous interpréterons avec Pothier ces mots « *solennibus verbis* » en ce sens que l'action était civile et de droit strict.

38. — Quelles étaient les principales utilités du *receptum* ? Tantôt c'était un mode d'*intercessio*, de garantie pour les prêteurs; tantôt c'était une ouverture de crédit.

Par le *receptum*, l'*argentarius* cautionnait la dette contractée par l'emprunteur sans recourir aux formes solennelles de la fidéjussion. Il pouvait modifier l'obligation principale (3), changer le lieu du paiement, apposer un terme ou une condition ; l'apposition d'un terme était même de l'essence du contrat. Ce cautionnement était préférable pour le créancier à la fidéjussion ordinaire, car les *argentarii* n'y jouissaient ni du bénéfice

(1) Guillard, *op. cit.*, p. 121.

(2) Accarias, t. II, p. 776, n. 720.

(3) Il pouvait même, à la différence du constitut, servir à substituer une obligation pure et simple à une obligation conditionnelle.

de division établi sous Adrien, ni du bénéfice de discussion créé ou ressuscité par Justinien (*Nov.* 4) (1). Le créancier avait ainsi deux débiteurs.

Mais le *receptum* n'avait pas nécessairement sa base dans une obligation préexistante comme le constitut. Il créait par lui-même une obligation. C'est ainsi qu'il faut entendre la constitution de Justinien : « *Secundum antiquam receptitiam actionem res exigebatur, etiam si quid non fuerat debitum* ». Il n'y faut pas voir seulement la possibilité pour un prêteur d'exiger l'engagement d'un *argentarius* avant de verser les espèces aux mains de l'emprunteur. Sans doute, ce devait être là un usage fréquent du *receptum;* mais il pouvait aussi constituer une ouverture de crédit. Les *argentarii* étaient par profession accessibles à toutes les demandes d'argent. Un commerçant, avant d'entreprendre une grande affaire, veut s'assurer les fonds nécessaires pour la mener à bien. Il s'adresse à son banquier. Celui-ci, avec ou sans provision, car le *receptum* n'en exige pas, s'engage à mettre les sommes déterminées à sa disposition soit à jour fixe, soit à première réquisition. N'exigeant pas de provision, l'action *receptitia* ne pourra jamais se heurter à l'exception *non numeratæ pecuniæ*, et c'est là un grand avantage du *receptum* sur la *stipulatio* ou la *transcriptio*. C'était pour lui un cas d'application très fréquent (2).

39. — Le *receptum* consenti sur une dette préexistante opérait-il novation par changement de débiteur ? Sans doute, si les parties l'ont ainsi décidé, le client débiteur sera libéré : on joindra au *receptum* un pacte *de non petendo* mettant, *exceptionis ope* du moins, le débiteur à l'abri de toute poursuite ; mais

(1) Le chap. 3, § 1, le leur refuse expressément « propter utilitatem contrahentium ».

(2) Polybe, 32, 13.

en principe il n'en est rien. L'*argentarius* est obligé, mais l'obligation première subsiste. Le *receptum* figure bien sur les registres du banquier, car la loi 6, § 3, *in fine*, D. *de edendo* (d'ailleurs corrigée), nous indique que l'*argentarius* pouvait en ce cas être tenu à « *edere rationes* ». Mais l'écrit n'est fait qu'à titre de preuve. Les deux obligations restent distinctes, procédant de causes différentes : seul le paiement éteindra l'obligation principale. La même question se soulevait du reste à l'occasion du constitut, ce frère puîné du *receptum*, et Gaius la résout de même : « *Ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet* » (L 28, *de pec. const.* D. XIII, 5). *A fortiori* en sera-t-il de même pour le *receptum*. Le rôle du banquier ne permet pas d'en douter.

Le créancier a été payé par l'*argentarius :* il n'a plus d'action, tout lien de droit est supprimé entre eux. Mais il n'en est pas de même entre le banquier et son client. Sans parler du cas où, ayant fait *expensilatio* sur ses livres du consentement du client, le premier avait contre ce client une *condictio*, il aura toujours contre lui un recours. L'équité le demande. Il le pourra poursuivre même avant le terme, s'il a des doutes sur sa solvabilité, soit par l'action *mandati*, soit même par l'action *negotiorum gestorum*, s'il s'est lié par *receptum* sans en avoir reçu l'ordre. C'étaient là des actions de bonne foi, dont la mise en œuvre se justifie par le rôle joué par le banquier. Cependant, s'il échoue dans ses poursuites, il n'en est pas moins tenu vis-à-vis du créancier.

40. — Quel pouvait être l'objet du *receptum ?* Toute espèce de choses, semble dire la constitution de Justinien. Puisque l'action réceptice est tombée en désuetude, il faut, nous dit ce prince, agrandir la sphère de l'action *pecuniæ constitutæ;* puis il ajoute : « *Hac apertissima lege definimus, ut liceat omnibus constituere non solum res, quæ pondere, numero, mensura consistunt,*

*sed etiam alias omnes, sive mobiles, sive immobiles,.... vel alias quascumque res, quas in stipulationem possunt homines deducere.* » Aussi l'opinion générale est-elle que l'obligation née du *receptum* pouvait avoir pour objet toutes choses mobilières ou immobilières, Justinien lui aurait emprunté cette qualité. Presque seul, M. Accarias (1) soutient une opinion contraire. Après bien des hésitations, je me rangerai à son avis. Je crois comme lui que le *receptum* ne se pouvait appliquer qu'à l'argent monnayé ou aux lingots précieux. La nature des fonctions du banquier le ferait supposer. Puis je ne vois pas qu'il résulte nécessairement de la constitution de Justinien et de ses innovations en matière de constitut qu'il les ait empruntées à la théorie du *receptum*. Ce contrat est-il bien connu de lui ? Nous avons de bonnes raisons pour ne pas le croire.

41. — L'action naissant du *receptum* était civile, *stricti juris*, perpétuelle et transmissible pour ou contre les héritiers. Depuis Théodose, elle se prescrit par 30 ans.

42. — Frappé des avantages du *receptum*, le prêteur créa à son image le *constitut*, appliquant à tous ce que le droit civil accordait aux seuls *argentarii*. L'édit porta que toutes les fois qu'une personne aurait par simple pacte pris jour pour payer une dette préexistante, le créancier aurait contre elle une action prétorienne *de constituto*. Les banquiers s'en emparèrent et le constitut fut tellement employé par eux que les expressions *de pecunia constituta* ou *constitutæ pecuniæ* ont presque partout, dans les textes comme dans les rubriques du Digeste et du Code, remplacé celles d'action *de constituto* ou *constitutoria*.

Quelles différences séparent donc le *receptum* et le *constitut* ? Le premier est spécial aux *argentarii* ; il peut exister sans dette préalable et servir comme tel d'ouverture de crédit ; il n'est pas

(1) Accarias, t. II, p. 783, note 2, n. 723.

nécessairement soumis à la même condition que la dette à laquelle il s'ajoute ; enfin il est muni d'une action perpétuelle et civile. Au contraire, le constitut est permis à tout le monde, mais, ne pouvant porter que sur une dette préexistante, il ne crée pas d'obligation; il ne peut modifier une obligation conditionnelle (L. 19 pr. *de pec. const.* D. XIII, 5) ; l'action qui en découle est prétorienne et annale.

43. — A l'avènement de Justinien, l'action *receptitia* est presque tombée en désuétude, et l'empereur opère la fusion entre les deux institutions. Il n'y aura plus qu'une seule action *de constituta pecunia* même chez les banquiers. Seulement cette nouvelle action empruntera certains caractères de l'action *receptitia*. Elle sera perpétuelle, le constitut pourra substituer une dette pure et simple à une dette conditionnelle. Enfin on ne recherchera plus à propos de quelle dette le constitut se produit, fût-elle immobilière (Voir n° 40). De l'ancien constitut, Justinien garde ces caractères qu'il est ouvert à toutes personnes, à la condition d'une dette préalable. Il fut mal inspiré dans le choix de cette dernière condition : il ne comprenait pas l'utilité du *receptum* comme ouverture de crédit, et s'élève contre la folie des anciens auteurs admettant l'obligation en dehors de toute dette préexistante: il priva ainsi le commerce d'une institution précieuse. Désormais le banquier cesse, à ce point de vue, d'avoir une situation exceptionnelle.

## SECTION II.

### OPÉRATIONS ÉTRANGÈRES A LA BANQUE.

44. — En dehors de la banque, les *argentarii* avaient bien d'autres fonctions. Ils se constituaient intermédiaires et arbitres entre un débiteur en déconfiture et ses créanciers (1). Le

(1) Quintilien, *de Arte orat.*, liv. XI, 92.

débiteur, avant de se libérer, leur remettait les fonds destinés au créancier pour qu'ils en fissent l'essai (L. 39, *de solution.* D. XLVI, 3). Ils se livraient à toutes les branches du commerce. Avec leurs capitaux considérables, ils pouvaient tout tenter et grossissaient sans cesse leur avoir. A l'aide de leurs succursales dirigées par des esclaves (1), ils abordaient les opérations les plus lointaines. Ils achetaient ou louaient en dehors de l'Italie des biens fonds pour y cultiver des céréales ou y élever des bestiaux. Ils étaient courtiers de marchandises et d'esclaves (2). Certains d'entr'eux se faisaient entrepreneurs de travaux publics ou de transport. Au milieu de la ruine de tous, ils devaient être tout-puissants. Il y avait vraiment là de quoi enfler leur orgueil, et le caractère du Trimalcion de Pétrone n'est peut-être pas trop exagéré (3).

45. — Une loi les avait investis d'une fonction plus grave, ils étaient chargées de la vérification des monnaies, à l'effet de rejeter les *nummi adulterini* (4). Plus tard ils furent encore chargés d'en garantir la sincérité. Revêtus d'une grande autorité sous l'empire, jouissant d'un grand prestige, ils devaient faire accepter par le peuple les nouveaux types monétaires à mesure qu'ils paraissaient. Ils les achetaient au Trésor, et les écoulaient dans le commerce en leur communiquant la faveur dont ils étaient l'objet. C'était la *solidorum venditio.*

46. — Enfin l'*argentarius* pouvait devenir commissaire-priseur. Les gages à eux fournis par des débiteurs devenus insolvables n'étaient pas retirés et encombraient leurs magasins. Ils s'en débarassaient par la vente à l'encan. Ils en vinrent vite à opérer pour autrui. La nature de leurs fonctions les y

(1) Mommsen, t. III, p. 324.
(2) Plaute, *Curcul.*, III, 1, 63 ; V, 3, 34.
(3) Pétrone, *Satyricon*, 75 et 76.
(4) Pline, *Hist. nat.*, XXIII, 9.

poussait. Nul mieux qu'eux n'était à même de connaître la valeur des objets et d'en tirer bon parti. D'ailleurs, volontaires ou forcées, toutes ces ventes publiques provenaient en général d'un sérieux besoin d'argent. Héritier pour payer les droits de succession (1), propriétaire rural pour labourer et ensemencer sa terre (2), tous vendeurs avides de toucher leur prix de vente. Dans toute vente importante cependant, l'acheteur obtenait délai pour payer. L'*argentarius auctionator* avançait la somme au vendeur. On voit donc que ces opérations exigeaient un fond de roulement et une aptitude commerciale que nul ne possédait comme lui.

En somme, les *argentarii* étaient délégués de pouvoir pour présider aux ventes publiques (*auctiones*). On les appelait dans l'exercice de cette fonction : *Magistri* (3). Ces ventes se faisaient partout, sur la place publique, au grand *forum*, au *forum boarium*, au *forum vinarium*, ou dans une maison particulière. Mais il était peu honorable d'y procéder ailleurs que dans l'*atrium auctionarium*, à la table de l'*argentarius* (4). Cet *atrium* était parfois la propriété du banquier ; le plus souvent, c'était un édifice public à ce destiné dont il avait la jouissance.

Nous pouvons nous faire une idée de ce qu'étaient ces ventes (5). Il va y être procédé par le ministère de Titius *argentarius*. L'album est couvert d'inscriptions rouges ou noires, coudoyant les affiches de spectacles, et annonçant les conditions de

(1) L. 88, *de solut.* D. XLVI, 3. S'il perd son argent par la faute de l'*auctionator*, le *possessor hereditatis* n'en est pas moins tenu de la pétition d'hérédité (L. 18, *de her. pet.* D. V, 3).

(2) Caton, *de Re rustica*, 2.

(3) Cicéron, *ad Att.* I, 1, et V, 15.

(4) Cicéron, *de Lege agraria*, I, 3, § 7.

(5) Caillemer, *Rev. historique de droit*, 1877, p. 397 et suiv. Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v° *Album*.

la vente ; ce sont les *proscriptiones* (1). Aux trois derniers marchés elle a été proclamée au *forum*. Nous voici au jour fixé. Un crieur public parcourt la ville invitant les amateurs à s'y rendre. Puis, montant sur son banc, il lit le cahier des charges, met les objets à prix et chauffe les enchères, *præco facetus* (2). Les acheteurs abondent, un signe de tête, un doigt levé, et le prix monte, monte toujours (*auget*, d'où *auctio*). N'est-ce pas là une peinture de nos salles de vente modernes ; sauf la différence des langues, les enchères à l'*atrium* se font comme à la rue Drouot. —Enfin les concurrents s'épuisent et l'*auctionator* adjuge au plus offrant s'il le juge solvable (3), et l'opération est relatée sur ses registres, *tabulæ auctionariæ* (4), par les soins de son scribe, avec les noms du vendeur et de l'acheteur.

Mais ces deux personnages n'étaient pas liés l'un vis-à-vis de l'autre, le vendeur n'avait rien à réclamer à l'acheteur. L'*argentarius* était entre eux, à la fois acheteur et vendeur. C'est de lui que l'adjudicataire tient tous ses droits. La vente peut être faite au comptant, et alors il n'y a lieu à aucune difficulté. Mais l'adjudicataire peut avoir terme pour le paiement, et alors l'*argentarius* prend ses précautions.

En effet, comme un vendeur ordinaire, l'*auctionator* ne peut exiger le prix qu'après la livraison des choses vendues, sous peine de se heurter à l'exception *rei emptæ et non traditæ* (Gaius, IV, 126) ; il remédie à cette situation fâcheuse en insérant dans l'acte de vente une convention contraire qu'il opposera comme réplique : « *Si prædictum est, ne aliter emptori res traderetur,*

(1) Cicéron, *de Off.*, III, 13. Pompéi avait 36 cadres d'affichages. Caillemer, p. 400.

(2) Martial, *Epig.* I, 86.

(3) Cicéron, *pro Cœcina*, 6.

(4) Sigonius, *de Judiciis*, liv. II, ch. 16, *de ant. jur.* p. 464. — Quintilien, *Instituts*, liv. II.

*quam si pretium emptor solverit* ». Mais l'acheteur peut être moins qu'honnête, et l'*auctionator* prudent lui demande des sûretés personnelles ou réelles. A l'exemple de ce Cæcilius Jucundus dont on a découvert en 1875 les tablettes à Pompéi, quand il paiera ses dettes, il fera faire d'abord *acceptilatio*, en dressera procès-verbal signé du créancier et des témoins, et parfois même se fera délivrer en plus une quittance autographe portant le prix en toutes lettres (1). Sans aller aussi loin, il pourra nover ses créances en en stipulant le prix, « *Pecuniam argentario promittit Æbutius*(2)»;et dans cette stipulation,il comprendra non seulement le prix de vente, mais des *accessiones:* ses frais, ses honoraires et ceux de ses subalternes, il n'aura pas à en rendre compte au vendeur. Le tarif de ces *accessiones* ne devait pas être absolument fixe, « *accessiones, ut nostri facere coactores solent, centesimæ* (3) ».

Mais ces ventes sont frappées d'un droit de mutation; qui le paiera et quel en est le taux? L'*argentarius* l'avance, telle est la règle; mais il n'en doit pas souffrir. Qui donc le supportera en définitive?Ce *vectigal auctionum*, de 1% dans les ventes ordinaires et de 4 % dans les ventes d'esclaves sous Auguste, est à la charge du vendeur. Tibère diminue le second de moitié et en impose le paiement à l'acheteur. Supprimé en faveur des Italiens, il est bientôt rétabli (4), et Ulpien le cite parmi les *vectigalia publica* de son époque. Il existe encore au temps de Justinien. (L. 17, *de verb. signif.* D. L. 16. — L. 1, *de veteran.* C. XII, 47. — L. 4, *de prox. sacr. scrin.* C. XII, 19.)

Pour l'aider dans sa tâche comme *auctionator*, le banquier

(1) Caillemer, *loc cit.*, p. 402 et suiv.

(2) Cicéron, *pro Cæcina*, 6.

(3) Cicéron, *pro Rabirio*, 11, 30. A Pompéi on en a retrouvé une se montant à 2 %, une autre à 8 %.

(4) Tacite, *Ann.* I, 78; II, 42; XIII, 31. Suétone, Caligula, 16.

avait des auxiliaires subalternes : le *præco* et le scribe, et aussi le *coactor*, sorte d'huissier chargé d'opérer les recouvrements, qu'il faut bien se garder, comme nous l'avons déjà dit, de confondre avec son patron. Le père du poète Horace exerçait, paraît-il, cette profession d'ailleurs peu considérée. Ce *coactor* pouvait être un esclave, un affranchi ou même un homme libre faisant agir ses propres esclaves (L. 40, § 8, *de statulib.* D. XL, 7).

## CHAPITRE III.

### RÉGLES SPÉCIALES AUX ARGENTARII.

47. — En principe, les contrats passés par les *argentarii* étaient soumis aux règles du droit commun, et ils n'avaient pas, du moins dans le droit classique, de réglementation spéciale ni de privilèges. Les *argentarii* plaidaient devant les magistrats du siège de leur banque (L. 45, et 19, § 1, *de judiciis*, D. V, 1) : « *Si quis argentariam certo loci administravit, et si ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere* ». Cependant la puissance publique ne pouvait laisser sans surveillance des fonctions aussi délicates. Sous la république le censeur, après Auguste le préfet de la ville, furent chargés de ce soin. « *Præterea curare debebit Præfectus Urbi, ut nummularii probe se agant circa omne negotium suum et temperent his quæ sunt prohibita* » (L. 1, § 9, *de off. Præf. Urbi.* D I, 12). C'était là un pouvoir de police (1).

Dans certains cas même, le préfet de la ville peut juger les différents entre eux et leurs clients : « *Adiri etiam ab argentariis, vel adversus eos, ex epistola D. Hadriani, et in pecuniariis causis potest.* » (L 2, D. h. t.) Mais ce ne dut pas être pour eux la juridiction ordinaire, même en matière de banque, ou du moins cette innovation d'Hadrien n'eut pas de durée, car nous verrons Justinien donner par faveur aux *argentarii* des juges spéciaux, et parmi eux Tribonien, préfet de la ville ; il n'était donc pas leur juge naturel.

(1) La répression était sévère : Galba fit couper la main à un banquier coupable de malversation, et cette main coupée fut clouée par son ordre à la *Taberna*. Suétone, Galba, 9.

48. — A certains autres points de vue, les fonctions des *argentarii* étaient réglementées d'une manière spéciale. Le *Receptum*, nous l'avons vu, leur était particulier. Etudions maintenant les obligations que leur imposait la loi et la protection dont elle entourait les sommes déposées chez eux.

## SECTION I.

### LIVRES DE COMPTES. — CODEX.

49. — Comme nos commerçants modernes, les *argentarii* étaient tenus à avoir des livres. Nulle part la loi ne leur impose expressément cette obligation, mais elle résulte forcément de celles de produire leurs comptes sur la demande d'un client et d'opérer la balance du doit et de l'avoir avant toute action. Leur intérêt personnel aussi bien que celui des tiers leur en faisait d'ailleurs une nécessité.

50. — Ces écritures, ces livres ne furent pas toujours spéciaux aux banquiers. Dans les premiers siècles de Rome, alors que l'économie la plus sévère présidait à la gestion des patrimoines, chaque chef de famille tenait un compte exact de ses opérations et des fluctuations de sa fortune. Journellement il en prend note sur un brouillon, les *adversaria ;* chaque mois au moins, il en reporte la teneur sur son *Codex*, « *menstruas pene rationes in tabulas transfert* (1) » ; il y mentionne tous les mouvements financiers de son avoir, les sorties, les rentrées, c'est un vrai livre de caisse, aussi est-il placé dans le *tablinum*, tout près de la caisse (*arca*). Le *Codex* a une page spéciale pour chaque personne avec laquelle le citoyen peut avoir affaire : « *Huic omnia expensa, huic omnia feruntur accepta, et in tota ratione mortalium sola utramque paginam facit* (2) ».

(1) Cicéron, *pro Roscio*, n. 3.
(2) Pline, *Hist. nat.* II, 7.

A côté du *codex*, nous trouvons, surtout chez les banquiers, un autre registre, le *calendarium*, livre de comptes relatifs aux prêts d'argent. Son nom lui vient des Calendes, le premier jour de chaque mois, jour d'échéance, triste époque pour le débiteur, qui parfois renvoie le paiement aux calendes grecques (le calendrier grec ne comportait pas de calendes). Mais le *calendarium* n'eut jamais l'importance du *codex*.

Ce registre était en effet entouré d'un respect pieux, il avait un caractère quasi religieux. Tenu avec le plus grand soin et la plus exacte loyauté, il restait dans les archives de la famille. Semblable aux « Livres de raison » de nos pères, il relatait les fastes de la famille. Aussi l'admet-on pour faire preuve en justice, au contraire des *adversaria*. Cicéron nous donne les motifs de cette différence : « *Quia hæc sunt menstrua, illæ sunt æternæ ; hæc delentur statim, illæ servantur sancte; hæc sunt dejecta, illæ in ordinem confectæ. Itaque adversaria in judicium protulit nemo : codicem protulit, tabulas recitavit* (1) ». C'est une honte que de n'avoir pas de *codex*. Antoine se défend vivement contre une telle accusation ; et si Verrès n'en a pas tenu, Cicéron s'en indigne : « *In isto, judices, hoc novum reperietis... hoc novum et ridiculum est, quod hic nobis respondit, quum ab eo tabulas postularemus, usque ad M. Terentium et C. Cassium consules confecisse; postea destitisse* (2) ».

51. — Malgré cette considération et ce respect, les livres des particuliers ne survécurent guère à la République. On a assigné bien des causes à cette disparition. D'après Asconius, elle eût résulté des inquisitions dont ils furent parfois l'objet pour y trouver des prétextes de proscription. Pour d'autres, la multiplication des banques y aurait puissamment contribué, car le ban-

(1) Cicéron, *pro Roscio*, 2.
(2) Cicéron, *in Verrem*, 2e ; act. II, liv. 23.

quier tenait registre pour tous ses clients. A mon sens, la cause de cette désuétude est complexe : les pérégrins inondent Rome, et l'antique loyauté romaine n'est plus qu'un souvenir. Quand on a trop de dettes, on ne prend pas le soin de se les rappeler chaque jour. Les Romains se jugèrent eux-mêmes, et le *codex* disparut du jour où il eût pu condamner son auteur. Quoi qu'il en soit, les registres ne se trouvent plus bientôt que chez les banquiers, obligés par profession à tenir un compte fidèle de leurs opérations (1). C'est seulement à leur sujet qu'on en parle au Digeste (L. 9 et 47, § 1, *de pactis*. D. II, 14. L. 34, *de receptis*. D. IV. 8).

Mais le *codex accepti et expensi* chez le banquier n'est plus exactement le *codex* des Quirites. Seules les affaires y ont accès; c'est un livre de caisse laconique et concis. Chaque client y a son compte, avec deux colonnes pour le doit et l'avoir. Toute somme y est inscrite à l'entrée et à la sortie, au débit et au crédit, avec l'indication de la cause : « *Expensa pecunia fertur, acceptaque refertur* (2). » Le compte est-il soldé, il est rayé : « *nomen expeditur, expingitur* (3). » Les banquiers doivent toujours être prêts à fournir le compte de chaque client, et le Digeste (L. 47 § 1, *de pactis*) nous en donne un exemple : « *Ex ratione mensæ, quam mecum habuisti in hunc diem, ex contractibus plurimis remanserunt apud me ad mensam meam trecenta octoginta sex, et usuræ quæ competierint;.... si quod instrumentum a te emissum (id est scriptum), cujuscumque summæ ex quacumque causa apud me remansit: vanum et pro cancellato habebitur.* »

(1) Fidélité douteuse si l'on en croit Plaute, *Aulularia*, III, 5, 54 :

*Ubi disputata est ratio cum argentario,*
*Etiam plus ipsus ultra debet argentario.*

(2) Cicéron, *in Verrem*, 2e, act. I, 23. Accarias, t. II, p. 393, note 1, n. 577. Namur, *Institutes*, éd. 1864, t. II, p. 48.

(3) Cicéron, *ad Att.*, XVI, 6. Plaute, *Cist*, I, 3, 40.

L'importance du Codex était extrême. Il relatait toutes les dettes ou créances sans distinction d'origine, en un mot tous les mouvements de fonds (L. 6, § 3, *de edendo*. D. II, 13). De ces inscriptions peut résulter une obligation, dans ce cas il y a contrat *litteris*. Nous n'en dirons qu'un mot, car la matière n'est pas absolument spéciale aux *argentarii*, et nous entraînerait trop loin.

D'après Gaius (*Comm.* III, 128-131), on inscrit au *codex* deux sortes de mentions : les *nomina arcaria* et les *nomina transcriptitia*, ces dernières seules engendrent le contrat *litteris*. Le *nomen arcarium* relate un prêt d'argent, un *mutuum*, c'est une créance de la caisse « *Expensum Titio decem* ». Titius n'est pas tenu en vertu de cette inscription, mais seulement en vertu du *mutuum* préexistant qu'elle a pour but unique de constater: « *Numeratio pecuniæ rei non litterarum facit obligationem. Qua de causa recte dicimus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere* » (Gaius, *Com.* III, 131).

52. — Quand y aura-t-il donc contrat *litteris ?* Qu'étaient les *nomina transcriptitia ?* La question est embarrassante, d'autant que sur ce point, comme pour le *receptum*, les compilateurs du Digeste, s'inspirant d'une législation nouvelle, se sont efforcés de faire disparaître tous les textes relatifs qui eussent pu nous éclairer.

Le nom même du *nomen transcriptitium* éveille l'idée d'une rédaction en partie double, d'un report de l'inscription d'une colonne à l'autre. Il est donc inexact de faire résulter le contrat *litteris* de la seule *expensilatio*, ce n'est là qu'une phase d'une opération complexe (1). Si Gaius ne nous dit rien de cette double mention, c'est qu'il est plus préoccupé des effets du contrat que de sa forme.

(1) Accarias, t. II, p. 394, note 3, n. 578.

La *transcriptio*, selon lui, se fait *vel a re in personam*, *vel a persona in personam* (Gaius, *Comm.* III, 128). Au premier cas, étant votre créancier par vente, louage, etc., je porte cette dette à votre nom à titre de prêt. Au second, je porte votre dette au nom de votre débiteur que vous me déléguez.

Or, décomposons chacune de ces opérations, nous y trouvons toujours un paiement, fictif il est vrai, mais un paiement, puis un prêt. Or, le premier élément du contrat, nous ne pouvons admettre que les formules romaines, si précises et si exactes, l'aient omis. Il était exprimé par l'inscription d'un *acceptum* fictif comme d'ailleurs l'*expensum* lui-même. Cette double mention avait d'ailleurs son utilité. Pour ceux qui font dériver le contrat *litteris* de la seule *expensilatio*, comment distinguer sur le registre ce prêt fictif du *nomen arcarium*, prêt réellement effectué? Si, au contraire, vous exigez pour sa formation une double mention à l'*acceptum* et à l'*expensum*, le premier coup d'œil distinguera le *nomen transcriptitium* du *nomen arcarium*.

Avec la nécessité de cette double inscription, nous comprenons parfaitement les termes dans lesquels Cicéron reproche à Fannius Chœrea d'avoir oublié, trois ans durant, la créance en litige sur ses *adversaria*: « *Tamen in codicem acceptum et expensum referre debuit* (1) ». Ce passage est parfaitement inexplicable pour tout autre système.

En somme, le contrat *litteris* s'opère par une double inscription sur le registre du créancier. L'objet de l'*expensum* est le même que celui de l'*acceptum*, et consiste invariablement en argent. L'obligation littérale est parfaitement définie par M. Accarias (2) : « un prêt d'argent fictif dont les deniers sont censés fournis au créancier par une autre numération d'argent également fictive ».

(1) *Pro Roscio*, § 3.
(2) Accarias, t. II, n. 578, p. 396.

Mais le débiteur ne doit-il pas, pour parfaire le contrat, porter aussi la dette sur son *Codex ?* Sans doute, si son registre est tenu avec soin, nous y retrouverons l'inscription correspondante à celle du créancier. Mais est-ce nécessaire ? Malgré l'autorité de Théophile, qui d'ailleurs connaissait mal ce contrat, nous répondrons sans hésiter négativement. Comment concilier la nécessité de cette concordance avec la définition du contrat *litteris* « *in nominibus alius expensum ferendo obligat, alius obligetur* », et sa possibilité reconnue entre absents : « *cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit ?* » (Gaius, *Comm.* III, § 136 et 137.)

Comment comprendre dans ce système la tromperie dont le chevalier Canius est victime de la part du banquier Pythius, s'empressant de transformer en contrat *litteris*, par une *transcriptio* sur son registre, une vente frauduleuse ? « *Nomina facit* », nous dit Cicéron (1). Comment admettre avec Gaius (*Comm.* III, § 133) qu'il pût y avoir à Rome des auteurs admettant les pérégrins au bénéfice du contrat littéral ? Comment enfin expliquer avec une telle théorie l'attitude de Cicéron défendant Roscius ? Celui-ci est actionné par F. Chœrea en paiement d'une dette dont son *codex* ne porte nulle mention. Ce fait condamne-t-il *ab initio* la demande de Chœrea ? Nullement, et Cicéron plaide l'irrégularité de l'inscription sur les registres de ce dernier. Concluons donc que le contrat littéral existe par le seul fait de l'écriture sur les registres du créancier (2). Le consentement du débiteur à cette inscription était seul exigé, et pour éviter toutes difficultés on prit l'habitude de faire intervenir des témoins (*pararii*).

(1) *De off.* III, 14.

(2) Sigonius, *de jud.* liv. I, ch. 5, *de ant. jure*, p. 404. Heineccius, *Jurisprud.* liv. III, tit. 22, II. Savigny, *Obl.*, t. I, p. 44. Ortolan, t. III, tit. 21, n. 1421, p. 249. Demangeat *Cours*, t. II, p. 288 et 293. Gide, *Etudes sur la Novation*, p. 203. Accarias, t. II, n. 577, p. 393.

Ce contrat est solennel : ce n'est ni l'accord des volontés, ni un fait antérieur qui le forme. Il se tient debout par la seule force de sa formule; et pour le droit strict, peu importe la fausseté ou la vérité de la cause qui pousse les parties à contracter. « Cette *obligatio* ne serait plus *litteris facta*, si elle n'avait pas sa cause et son principe générateur dans la formule écrite elle-même. Ce n'est donc pas l'*existence*, c'est la *mention écrite* d'une obligation antérieure qui est ici la condition et l'élément du contrat. Peu importe que cette obligation soit valable ou nulle, réelle ou supposée; ce qui importe, ce qui suffit, c'est qu'elle *figure* dans la formule, c'est qu'elle y soit régulièrement mentionnée (1). »

Reste une dernière question sur le contrat *litteris*. Opère-t-il, oui ou non, novation ? Nous ne le pensons pas.

La plupart des auteurs cependant sont d'un avis différent, et refusent de restreindre le fait de la novation à la seule stipulation. N'est-elle pas la *veteris nominis in novum creditum transformatio ?* N'en trouvons-nous pas dans la *transcriptio a re in personam* tous les éléments essentiels : l'*animus novandi*, le *quid novi*, l'*idem debitum?* Il en est de même de la *transcriptio a persona in personam*, c'est une novation par changement de personnes. Si Gaius n'assimile pas expressément à ce point de vue le contrat *litteris* et la stipulation, son texte l'indique néanmoins suffisamment (Gaius, *Comm.* III, § 130 et 176 rapprochés). Une seule différence existe entre la stipulation et la *transcriptio :* facultative dans la première, la novation dans la seconde est un élément essentiel.

Ces arguments nous séduisent peu. Loin d'assimiler le contrat *litteris* et la novation, Gaius semble, avec un soin étrange, les considérer comme des actes tout à fait étrangers l'un à

(1) Gide, *op cit.*, p. 199. *Sic*, Accarias, t. II, p. 397, n. 579.

l'autre. Il emploie, il est vrai, le mot *delegare* dans la *transcriptio a persona in personam* (*Comm.* III, § 130); mais s'il peut y avoir novation sans délégation, il peut y avoir aussi délégation sans novation : dans la *litis contestatio* par exemple. La nature même du *nomen transcriptitium*, la double mention qu'il suppose, la double opération qu'il renferme sont autant d'obstacles à la novation romaine, acte simple par nature, transformant la créance en respectant le fond. Avec la novation, les parties peuvent conserver l'obligation préexistante dans toute son intégrité, elle n'est que transformée. S'il y a eu *transcriptio* au contraire, l'obligation primitive est anéantie, il en est né une nouvelle à sa place. Il en résulte qu'on ne la peut faire sous condition (1) (F. *Vat.* 329).

Nous n'avons pas la prétention d'avoir approfondi la théorie difficile du contrat *litteris*, elle ne rentre d'ailleurs qu'incidemment dans notre sujet. Mais les *argentarii* en firent le plus grand usage, et furent les derniers à s'en servir. Ils y trouvaient bien des avantages. Par là ils pouvaient ouvrir des crédits, solder des dettes les unes par les autres, assurer leurs créances. Le terme et la convention d'intérêts y étaient admis. Deux textes de Cicéron ne laissent aucun doute à cet égard (2).

54. — Mais, avons-nous dit, les banquiers n'étaient pas tous Romains, du moins au début. Ne pourront-ils donc pas contracter *litteris* ? Ils le pourront, croyons-nous. D'abord il n'y eut peut-être de banquiers étrangers qu'à l'origine, et l'exercice d'une profession aussi estimée à Rome les assimilait-elle aux véritables citoyens. D'ailleurs, quel que soit son titulaire, l'*argentaria mensa* est toujours romaine, et c'est à elle surtout que les livres appartiennent.

(1) Gide, *op cit.* p. 208-216.
(2) *Ad div.*, VII, 23; *in Verrem*, 2e, act. II, 70.

55. — En dehors du *Codex*, nos banquiers employaient bien d'autres écrits : *syngraphæ*, *chirographa*, *cautiones*, *instrumenta*. C'étaient là des écrits émanés des deux parties contractantes ou de l'une d'elles seulement, c'étaient des feuilles volantes. Constituaient-ils un nouveau mode de contrat *litteris*? Sans vouloir entrer dans le détail de la discussion soulevée par le § 134 *Comm.* III de Gaius, nous répondrons négativement. — Ces sortes d'écrits sont grecs d'origine, et le droit grec, faisant naître l'obligation en général du seul consentement, n'assignait d'autre but à l'écrit que de conserver la preuve de ce consentement. Du reste, les *syngraphæ* disparaissent bientôt dans le droit romain, et les *chirographa* ne sont plus certainement à la longue que des moyens de preuve.

Cependant Justinien nous parle encore aux Institutes d'un contrat *litteris* (1) (*Inst.* liv. III, tit. 21). Le *nomen transcriptitium* n'est plus en usage. Le *chirographum*, plus souvent désigné désormais sous le nom de *cautio*, va-t-il donc engendrer l'obligation littérale? Nullement. La source de l'obligation littérale, d'après Justinien, c'est la péremption après deux ans de l'exception *non numeratæ pecuniæ* dont nous avons déjà parlé (n° 34). Dans les deux premières années du contrat, toute dette constatée par un écrit pouvait être déniée et la preuve de la numération des espèces incombait au créancier. Après deux ans au contraire, cet écrit constituait au profit du créancier une preuve invincible. — Mais ce n'est pas l'écrit qui constitue le contrat. Singulier contrat qui se formerait sans le concours des volontés par la seule expiration d'un délai! Aussi n'en trouvons-nous pas trace ni au Digeste ni au Code. — Seulement, dans son traité pédagogique, l'empereur a voulu conserver les classifications traditionnelles. « Il a fait comme l'architecte qui, pour donner

(1) *Sic*, L. 6, C. Théod. II, *de denunc.*

à sa façade une apparence de régularité, y dessinerait une fausse porte ou une fausse fenêtre : son contrat *litteris* est un contrat postiche qui ne figure que pour la symétrie (1). »

## SECTION II

### OBLIGATION DE RENDRE COMPTE. — EDITIO RATIONUM.

56. — Les *argentarii* avaient sur leurs livres un compte ouvert à chacun de leurs clients. — Ces écrits, en raison des fonctions et de la probité traditionnelle de leurs auteurs, avaient un caractère de sérieuse authenticité. Ils constituaient pour l'*argentarius* un titre que le juge ne pouvait récuser, et en présence de la défaveur marquée pour les écrits privés (L. 5 et 7, *de probat.* C. IV, 19. — L. 20 *de fide inst.* C. IV, 21), les registres des banquiers conservent toute leur autorité.

Mais ces livres, aux yeux des Romains, n'étaient pas la propriété exclusive de l'*argentarius*, ils appartenaient également à tous ses clients, à tous ceux dont le nom y figurait, et chacun d'eux avait le droit de se faire produire son compte s'il en avait besoin (L. 4, § 1, *de edendo*, D. II, 13) —En tête de ce compte, l'*argentarius* porte le jour et l'année de son ouverture; s'il l'a omis, il devra lui assigner, lors de la production, soit la date du compte précédent, soit celle qui est en tête du registre. (L 1, § 2, D. *de edendo*.)

57. — *Qui est obligé à l'editio rationum ?* — Tous ceux qui « *argentariam mensam exercent* ». « *argentariæ mensæ exercitores rationem quæ ad se pertinet edant* (Edit du préteur, L. 4, pr. D. h. t.). Mais cette obligation n'est pas si étroitement liée à l'exercice actuel de la banque qu'elle frappe celui-là seul qui est en ce moment banquier : « *etiam is, qui desiit argentariam facere, ad*

(1) Gide. *op cit.*, p. 228.

*editionem compellitur* » (L. 4 § 4 D., h. t.) — S'il y a société de banquiers, ils doivent tous signer le compte par eux livré, afin d'éviter toute fraude et toutes difficultés ultérieures.

L'obligation d'*edere rationes* survit à la personne du banquier, elle frappe ses héritiers et successeurs universels, qu'ils aient ou non la même profession, « *quia, cum in locum et in jus succedant argentarii, partibus ejus fungi debent* », sauf s'ils ont cessé sans dol de posséder les livres. S'il y a plusieurs héritiers, tous doivent produire ; mais si un seul tient les registres, seul il sera soumis à cette nécessité. — La sincérité des livres d'un d'entre eux devra toujours être contrôlée par l'*editio* des *codices* des autres cohéritiers, ou par l'apposition de leurs signatures sur les livres de l'*edens*. (L. 6, § 1, et 9, § 1, D. h. t.)

Le légataire particulier ou le donataire entre vifs que l'*argentarius* a gratifié de ses livres n'est pas tenu à la production. Ce n'est pas un *successor juris* (L. 9, § 1, D. h. t.), il ne prend pas à sa charge les responsabilités de son auteur. — S'il y a eu legs particulier, l'héritier institué ne sera pas lui non plus obligé, car il n'a pas les livres à sa disposition. Si cependant, avant de les livrer au légataire, il avait reçu avis de n'en rien faire, il est tenu comme s'il y avait eu dol de sa part « *quasi dolo fecerit* ». Au cas de livraison de bonne foi, le prêteur pourra, *causa cognita*, contraindre le légataire à l'*editio* (L. 9, § 1, D. h. t.).

D'autres personnes doivent *edere rationes* non pour elles-mêmes ou leurs auteurs, mais pour ceux qui sont sous leur puissance. Ce sont les maîtres pour leurs esclaves, les pères de famille pour leurs fils qui exercent la banque. Le père en est tenu, qu'il ait ou non connu la profession de son fils, dans la mesure du profit qu'il en a retiré. Le fils pouvait d'ailleurs être lui-même poursuivi dans ce but (L. 4, § 2, D. h. t.). L'esclave, au contraire, ne peut être actionné, ce n'est pas une personne

(L. 22, pr. *de reg. juris*, D. L. 17) ; mais s'il a agi sur l'ordre de son maître, celui-ci doit *edere* comme s'il eût agi lui-même. Si le *servus* a fait la banque à l'insu du maître, ce dernier écartera toute responsabilité en affirmant sous serment qu'il n'a pas les registres, « *sed si dominus habet rationes, nec edit, in solidum tenetur* ». Si l'esclave a fait de la banque avec son pécule, le *dominus* peut être actionné, selon les principes généraux, *de peculio* ou *de in rem verso*.

58. — Cette *editio*, obligation professionnelle chez les banquiers, doit être distinguée de la *redditio rationum* imposée au *procurator*, à l'associé, au tuteur. La différence entre elles réside dans la sanction. Pour obliger à la *redditio rationum*, les actions *pro socio*, *mandati* ou *tutelæ*, suivant les cas, suffisent. L'*editio* est sanctionnée par une action spéciale *in factum*. A première vue, il pourrait paraître que l'action *mandati* pût s'appliquer, mais l'*argentarius* n'est pas un *procurator* ordinaire : tenir des comptes n'est pas administrer les affaires (1).

59. — *A qui doit-on produire ?* Toute personne intéressée, client, étranger au contrat, confrère, peut demander l'*editio*. Mais le préteur ne l'accorde qu'aux intéressés (2), parfois même il se réserve le droit de ne l'ordonner que *causa cognita*.

Certains ont droit à cette production : ce sont les clients, « *æquum fuit, id quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi* ». L'*argentarius* ne peut pas non plus se refuser à vous produire le compte de votre fils, de votre mandataire, de votre gérant d'affaires, de votre *dominus*, du *de cujus* dont vous êtes l'héritier, de votre *reus promittendi* ou *stipulandi*, etc. Une seule condition préside à cette *editio*. Celui qui la réclame doit jurer qu'il n'agit pas par esprit de chicane,

(1) Cujas, *Obs.* liv. X, ch. 14, t. III, p. 246-247.

(2) La loi, 2, *de edendo*, C. II, 1, ne s'applique qu'aux *acta publica*.

« *jurare non calumniæ causa petere* ». (L. 6, § 2 ; L. 9, § 3, D. *de edendo*.)

Pour d'autres, le préteur n'autorisait la production qu'en connaissance de cause. Tel est l'*argentarius* agissant contre un confrère. Rien de plus juste d'ailleurs que cette précaution. Cet *argentarius* doit, lui aussi, avoir des livres tenus avec exactitude. Sa demande est étrange et inspire la méfiance. Pour obtenir satisfaction, il devra prouver l'existence d'un cas de force majeure où ses livres ont péri, ou du moins leur trop grand éloignement. L'héritier de ce banquier devra aussi, s'il n'a pas les livres en sa possession, soumettre sa demande à l'examen du préteur. (L. 6, §8 et 9, D. h. t.)

L'*argentarius* ne peut pas être obligé de fournir à chaque instant des relevés de compte ; et le préteur, pour parer à un tel abus, a mis une seconde restriction au droit de tout intéressé à exiger du banquier la production de son compte. Une fois livré, ce compte ne peut plus en principe être réclamé à nouveau. Cependant on devra consulter le préteur qui pourra, s'il trouve la demande justifiée, autoriser une nouvelle *editio* (L. 6, § 10, D. h. t.).

60. — *Comment se fait cette production ?* Le banquier doit *edere*, mais son obligation a des limites : il ne communique ses livres que pour les opérations relatives à la banque, pour les contrats purement pécuniaires. On ne peut pas s'en servir, nous dit Ulpien (L, 6, § 3 D. h. t.) pour faire la preuve d'un mandat ou d'un gage, « *hoc enim extra rationem esse* ». Le *codex* de l'*argentarius* était un livre de caisse, et ne devait pas être surchargé de détails étrangers au mouvement pécuniaire de cette caisse. Mais il y a lieu à production pour toute obligation réciproque : donation, prêt ou paiement (L. 6, § 3, D. h. t.). L'*argentarius* est tenu à l'*editio* dans la mesure même de l'intérêt du demandeur ;

peu importe que la difficulté surgisse entre lui et son client, ou entre ce client et un tiers. C'est là une conséquence de cette sorte de droit de propriété du client sur son compte (1).

L'*argentarius* n'est obligé à rendre compte qu'au lieu où il a exercé sa profession. Si on l'actionne en production de titres ailleurs, il s'y peut refuser, sauf si le demandeur se contente d'un extrait fait à ses frais, et l'*argentarius* aura délai pour ce faire. S'il a cessé ses fonctions et a transporté ses registres dans une autre province, il y a faute de sa part, et son obligation reste la même (L. 4, § 5, et L. 5, D. h. t.).

« *Edi autem est vel dictare, vel tradere libellum, vel codicem proferre* » (L. 6, § 7, D. h. t.). La production se peut faire de deux manières : en représentant le registre lui-même, ou en en donnant seulement un extrait. Il y aurait eu inconvénient à abandonner les titres à la discrétion des clients, aussi le banquier pouvait-il leur interdire de tout examiner et surtout de tout copier. Ont-ils vu leur compte propre, leur intérêt est sauf, ils ne peuvent pas s'immiscer dans les affaires du banquier. Pour éviter toute difficulté, l'*argentarius* fournira le plus souvent un extrait du compte, qui parfois même ne sera pas signé (L. 11, D. h. t.). Nous savons d'ailleurs quelle est l'autorité des mentions portées au *codex*.

61. — *Comment cette obligation des* argentarii *est-elle sanctionnée?* Contre tout banquier ayant refusé de produire ses registres, ou ayant volontairement « *malitiose* » fait une production inexacte, le préteur donne une action *in factum*. (L. 8, pr. D. h. t.) Mais il faut que de sa part il y ait eu dol ou tout au moins faute lourde ; en conséquence il devra être absous si, tandis qu'il déclare par serment n'avoir pas agi par dol, son adversaire ne peut prouver le contraire. Cette action est donnée non seulement

(1) L. 4 § 1, et 10, pr. D. h. t. — L. 27, § 1, *de furtis*. D. XLVII, 2. Cicéron, *pro Cœcina*, 6.

contre l'*argentarius* lui-même, mais contre tous ceux de ses successeurs que nous avons vus tenus à produire ses registres. Telle était la sanction de cette obligation incombant aux banquiers, il convenait qu'elle fût sévère. Nombre de particuliers n'avaient d'autre preuve de leur droit ou de leur libération que le *codex argentarii*, preuve suffisante puisqu'ils pouvaient le consulter. Si donc la mauvaise foi de son auteur leur en refuse la connaissance ou le falsifie, il n'y a plus pour eux rien de certain ni de stable.

Cette action *in factum* avait pour effet de réparer le dommage causé par le refus de production, et la condamnation en résultant représentait le préjudice subi par le demandeur. (L 6, § 4, D. h. t.) On l'appréciait au jour où la production eût dû être faite, peu importait que l'intérêt depuis lors se fût accru ou amoindri « *neque augmentum, neque deminutionem.* » (L. 8, § 1, D. h. t.) Seulement cette responsabilité n'est encourue par l'*argentarius*, qu'à la condition pour le client de prouver l'influence de ce défaut de production sur la perte de son procès. Faute par lui de faire cette preuve, ou faute par le juge de l'admettre, le banquier est indemne ; il ne reste plus à la partie qu'une action *in factum* contre le juge prévaricateur qui a refusé d'admettre ses bonnes raisons.

Mais une objection surgit, déjà réfutée par Gaius (L. 10, § 3, D. h. t.). Pour jouir contre le banquier de l'action *in factum*, la partie doit prouver qu'elle eût triomphé, si elle eût agi pièces en mains. Le pourra-t-elle puisqu'elle a perdu son procès? Et si elle le peut, pourquoi l'a-t-elle perdu ? N'était il donc pas aussi facile de prouver à l'égard des tiers son droit ou sa libération ? — Mais, répond Gaius, elle a pu retrouver depuis son procès des preuves ou des témoins dont elle n'avait pas pu disposer dans la première instance. Il en était de même pour l'action *damni injuriæ* donnée à celui qui, ayant perdu un procès par suite

d'une soustraction ou d'une corruption de témoins, peut plus tard prouver le dommage causé et la fraude.

La nature de cette action est double. Vis-à-vis de l'*argentarius*, elle est pénale : elle ne dure qu'une année et ne peut être dirigée contre les héritiers, si ce n'est pour un fait personnel, si, par exemple, ayant les livres, ils ont refusé de les produire (L. 13, D.h.t.). Au regard du demandeur, elle est *rei persecutoria*, c'est une demande en dommages-intérêts, elle est transmissible à ses héritiers. Elle est invocable *de peculio* ou *de in rem verso* contre le père de famille ou le maître dont l'esclave ou le fils n'a pas produit. Mais elle n'est pas donnée *noxaliter* contre le maître : le pécule étant la première garantie de l'*argentaria*, il eût été trop injuste d'autoriser le *dominus* à le conserver en abandonnant l'esclave.

62. — Justinien maintint l'obligation pour les *argentarii* de produire leurs livres, il l'étendit même à toute personne (L. 22, *de fide inst.* C. IV, 21). Quiconque a en mains un titre utile pouvant rendre service à ses plaideurs doit le produire en justice, s'ils le lui demandent en jurant que dans leur esprit cette production ne doit pas lui nuire. Il s'y pourra cependant refuser en jurant à son tour que, s'il le fait, c'est dans la crainte d'un inconvénient sérieux pour lui, « *quia magnum ex eo circa facultates suas detrimentum capiet* ».

## SECTION III.

### OBLIGATION D'OPÉRER LA COMPENSATION.

63. — *Is* (*argentarius*) *cum compensatione cogitur agere ; id est, ut compensatio verbis formulæ comprehendatur* » (Gaius, *Comm.* IV, § 64). C'est pour l'*argentarius* demandeur une obligation professionnelle d'opérer la *compensatio* dans l'*intentio* de sa

formule (Id., § 68), charge très lourde qui lui crée une situation différente de celle des autres citoyens.

64. — La compensation romaine diffère profondément de la nôtre. « *Debiti et crediti inter se contributio*, » nous la définit Modestin (L. 1, *de compens.* D. XVI, 2). Mais tandis qu'en droit français la coexistence d'une dette et d'une créance de même nature est impossible entre les mêmes parties, car elles succombent dès que la seconde voit le jour, il en était autrement à Rome. A l'origine, lorsque le droit formaliste règne en maître absolu, la *compensatio* n'existe pas. Mais les contrats de bonne foi viennent prendre rang de cité, et elle s'introduit dans les *judicia bonæ fidei ex eadem vel pari causa*, conséquence de ce pouvoir d'appréciation qu'y a le juge sans intervention du préteur ni rédaction spéciale de la formule (Gaius, *Com.* IV, § 61-63. Justin. *Inst.* IV, 6, 30). La nature des choses dues ne devait pas être forcément identique, car, sous le système formulaire, toute condamnation étant pécuniaire, la somme d'argent qu'elle détermine se pourra toujours compenser. L'équité dut applaudir à la naissance de la compensation : « *Interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere* » (L. 3, D. *de comp.*).

Mais son champ d'application va s'agrandir. Jusqu'à Marc-Aurèle, le juge saisi d'une action de droit strict doit se renfermer dans les limites exactes de la formule. La compensation est impossible, car la créance opposée par le défendeur à la réclamation du demandeur constitue une affaire nouvelle, que le juge n'a pas mission de connaître. Marc-Aurèle sanctionna dans un rescrit l'exception *doli mali generalis* imaginée par les jurisconsultes. Désormais la *compensatio* est possible dans les *judicia stricti juris*, et toujours *ex dispari causa*, puisque les contrats *stricti juris* sont toujours unilatéraux.

La compensation *ex dispari causa* est ensuite admise dans les

*judicia bonæ fidei,* et Justinien, achevant l'œuvre, l'introduit dans les actions *in rem.* Dès lors toutes dettes, personnelles ou réelles, échues, liquides, ayant pour objet des choses de même nature, peuvent être invoquées contre l'action d'un créancier débiteur. Jamais cependant la compensation n'a lieu de plein droit, on l'invoque au moyen d'une exception. (Textes : D. XVI, 2. C. IV, 31. *Inst.*, liv. IV, tit. 6, § 30 et 39.)

65. — A cette théorie générale, on ne connaissait pas d'exception avant la découverte des Institutes de Gaius ; mais l'apparition de cette œuvre nous a montré la situation particulière des *argentarii* à ce point de vue. Ils doivent, dans l'*intentio* de la formule obtenue contre un client, faire la balance de ses créances et de ses dettes, et ne lui réclamer que le surplus. Créanciers de 20, débiteurs de 10, ils ne peuvent demander que 10. La sanction de cette obligation est fort grave. Que l'*argentarius* se trompe d'un écu, et sa demande entière croule : il y a *plus petitio,* toute sa créance a été déduite en justice. « *Si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat.* » (Gaius, IV, § 68.) *A fortiori* en est-il de même s'il n'a pas opéré la compensation.

Nous ne retrouvons plus cette théorie au Digeste et au Code. Le système extraordinaire a fait justice de la *plus petitio,* déjà attaquée au temps de Cicéron (1). D'ailleurs la compensation est devenue abordable et facile pour tout le monde. Les compilateurs des Pandectes ont donc supprimé ou corrigé tout ce qui eut pu y rappeler l'ancienne obligation des *argentarii.* Quelques textes cependant semblent avoir échappé à cet ostracisme et faire allusion à ce passé. Telles sont les lois 13, 14, 15 *de comp.* (D. XVI, 2). Toutes ces lois supposent la compensation propo-

(1) Cicéron, *pro Murena,* 4 : « *Turpe existimas, te advocato, illum ipsum, contra quem veneris, causa cadere* ».

sée par le demandeur, situation qui est celle de l'*argentarius*. Un texte de Paul (*Sentences*, liv. II, tit. 5, § 3) : « *Licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes ; si totum petas, plus petendo causa cadis* », doit aussi se rapporter à l'*argentarius*. Rien ne nous indique que nous soyons en présence d'une action de bonne foi, ni que la compensation ait été opposée par l'exception de dol. En résumé cependant, nul, avant la découverte du manuscrit de Gaius, n'avait entrevu cette obligations des *argentarii* qu'il nous faut désormais étudier.

Cette obligation leur est absolument personnelle, et n'existe aucunement pour les clients avec qui ils sont en procès. Ceux-ci peuvent négliger d'opérer la compensation . et, créanciers de cinq, débiteurs de dix, poursuivre le banquier en paiement de cinq : ils n'ont pas à craindre la *plus petitio ;* seulement, depuis Marc-Aurèle, l'*argentarius* pourra repousser cette demande par l'exception de dol et faire annuler à son profit sa propre dette. S'il actionne plus tard le client pour dix, la créance de cinq ne lui pourra pas être opposée, elle n'existe plus. Mais c'est là le droit commun, et la situation du banquier demandeur est exceptionnelle. Elle est même dangereuse. Sans doute ses livres lui permettent d'exécuter l'ordre de la loi. Mais tandis qu'un client peut s'en remettre au juge du soin d'établir la compensation, le banquier est forcé de la faire s'il veut agir ; heureux si, après avoir accepté sans protestation la formule, son adversaire ne vient pas lui opposer *in judicio* sa compensation incomplète et faire ainsi écarter sa demande.

66. — *Quelles dettes l'*argentarius *doit-il faire entrer en compensation ?* — Toutes celles qui lui incombaient *ex argentaria causa*, du chef de son fils, de son esclave, d'un tiers *institor*, d'un associé. Mais les deux dettes doivent être exigibles et avoir des objets de même nature, quelques-uns même ajoutent de même

espèce et qualité. Peu importe d'ailleurs qu'elles naissent d'un contrat de bonne foi ou de droit strict, que ce soit un *nomen arcarium* ou un *nomen transcriptitium*. Ce dernier cependant, transformant les dettes *bonæ fidei* en dettes *stricti juris*, facilitait l'opération. Dans le cas de dette facultative de la part du créancier, l'*argentarius* l'interrogera *in jure* pour connaître son choix (L. 22, *de comp.* D. XVI, 2). En somme donc, même avant Marc-Aurèle, la *compensatio* des *argentarii* existait dans les contrats *stricti juris*, et partant *ex dispari causa* (1).

Mais cette compensation est une conséquence de l'obligation qui leur est imposée de tenir des livres, elle ne s'appliquera donc qu'aux dettes portées sur le *codex*, aux dettes de la banque, à l'exception encore des créances de ses clients contre lesquels il est protégé par une exception (L. 14, D.h. t.), ou des créances à terme : « *Compensatur hoc solum quod præsenti die debetur* » (Gaius, *Comm.* IV, § 67). — D'ailleurs, cette compensation spéciale n'existe qu'autant que l'*argentarius* est demandeur, ce qui en exclut les dettes naturelles opposables seulement *exceptionis ope ;* et qu'il plaide en son nom propre, car, s'il plaide comme mandataire, l'*intentio* restant au nom du mandant, il n'a pas à craindre de *plus petitio*.

67. — *Effets de l'erreur dans la demande.* — Quelque minime que soit l'exagération de sa demande, le banquier perd son procès. Créancier de vingt et débiteur de dix, il doit ainsi formuler son *intentio* : « *Si paret Titium sibi X dare oportere amplius quam ipse Titio debet* ». Qu'il demande douze ou qu'il demande vingt, il perd son action, et pour le tout.

Mais son adversaire reste tenu d'une obligation naturelle. S'il ne peut pas songer à la lui opposer par voie de compensation à

(1) Dès lors le solde du compte réglé peut entrer en compensation avec une dette provenant d'un compte nouveau.

cause de l'exception *rei judicatæ*, il peut bénéficier d'un paiement même involontaire. Le client qui a ainsi payé ne peut invoquer la *condictio indebiti* (L. 60, pr. *de cond. ind.* D. XII, 6).

Si, au lieu de réclamer plus que le solde du compte, le banquier a demandé moins, le résultat est moins grave, l'erreur moins préjudiciable. La somme par lui demandée lui est acquise, et il pourra encore obtenir le surplus à la condition d'attendre l'expiration de la préture actuelle, sous peine de se heurter à l'exception *litis dividuæ*.

68. — Cette compensation spéciale aux *argentarii*, antérieure au développement de la compensation ordinaire, subsista, toujours distincte, à côté d'elle, jusqu'à la disparition du système formulaire et de la *plus petitio*. Elle peut paraître tyrannique et vexatoire, mais en somme elle était d'application assez facile pour eux et très profitable pour tous. Les livres des banquiers constatent surtout des comptes-courants, le doit et l'avoir y varient sans cesse; pour bien apprécier en faveur de qui et jusqu'à quel poids penche la balance, il faut avoir les livres en sa possession. D'ailleurs, nous l'avons vu, le *codex* de l'*argentarius* appartient en quelque sorte à tous les intéressés ses clients, et il doit le produire sur leur demande. La compensation supprime deux actions en justice, et par le fait même une double *editio* (1).

## SECTION IV.

### FAILLITE DE L'ARGENTARIUS. — PRIVILÈGE DES DÉPOSANTS.

69. — Pas plus à Rome que sur d'autres places, les banquiers n'échappèrent toujours aux coups de la mauvaise fortune. Plusieurs parmi eux se trouvèrent au-dessous de leurs affaires.

(1) Accarias, t. II, n. 909, p. 1247.

Pour violenter la fortune, ils tentent un coup hasardeux et ils succombent, entraînant dans leur ruine bon nombre de clients. Comment la loi subvenait-elle à cette situation, et, ce qui est plus particulier à notre sujet, comment remboursait-on les dépôts?

Il n'y eut jamais à Rome de faillite organisée pour les commerçants. Quand donc un *argentarius* cesse ses paiements (*mensam evertere, fors cedere, abire, decoquere*), on applique les règles de la *venditio bonorum*. Mais cette procédure date du 6e siècle de Rome, et les banquiers *fraudatores* antérieurs (1) connurent probablement les rigueurs du *nexum* et de l'*addictio*. Nous avons peu de détails à donner sur cette procédure de droit commun. L'infamie en résultait pour le *decoctus* (Gaius, II 154); il était désormais incapable de défendre à un procès quelconque sans fournir *satisdatio*, (Gaius, IV 102). Le préteur rend *causa cognita* un décret envoyant les créanciers en possession des biens du failli. On appose des affiches annonçant la vente : un des créanciers nommé par ses collègues y procèdera, *magister* (Gaius, III, § 79). La vente se faisait généralement aux enchères et à tant pour cent des dettes : le patrimoine était vendu en bloc. — Pour le *bonorum emptor*, il y avait acquisition universelle prétorienne; il était successeur universel du débiteur. — Au Bas-Empire, la *venditio bonorum* fait place à la *distractio bonorum*, à la vente en détail. Le failli n'est plus frappé d'infamie, mais il n'est libéré que jusqu'à concurrence du prix de vente (2). Dans les deux cas, les sommes ainsi obtenues se partageaient entre les créanciers au prorata de leurs créances (3); le débiteur profite de l'excédent.

70. — Parmi ces créanciers quelques-uns obtiennent de la

(1) Tite-Live nous en parle au temps des guerres puniques.

(2) Accarias, t. II, p. 172 et suiv., n. 482-485.

(3) « *Si debitor foro cesserit, portionem feram.* » Sénèque, *de Benef.*, 4.

loi une situation préférable : les uns peuvent revendiquer, les autres ont une action hypothécaire ; pour d'autres encore, les constitutions ont créé des *privilegia exigendi inter chirographarios* (L. 9, C. *qui potior.* VIII, 18), soit en raison de la nature de la créance, soit en considération de la personne du créancier. — Entre autres *privilegia causæ*, nous trouvons le privilège de ceux qui ont déposé de l'argent chez un *argentarius* ou un *nummularius* (L. 7, § 2, *depos.* D. XVI, 3. — L. 24, § 2, de *reb. auct. jud.* D. XLII, 5).

Mais il est accordé seulement lorsque le déposant n'a pas reçu d'intérêts. Dans le cas contraire en effet, le déposant fait plutôt un placement de fonds, une spéculation, et prend à sa charge le risque de perdre ses écus. — Il n'a pas voulu mettre son argent en sûreté mais en tirer profit, il supportera les conséquences de son opération. Peu importe que cette convention d'intérêts ait été concomittante ou postérieure au contrat, qu'il y ait eu à l'origine dépôt véritable ou prêt (L. 7, § 2, D. *depos.*).

Ce privilège porte sur tous les biens du banquier (L. 8, D. *depos.*) : « *Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quæ in bonis argentarii, ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus* ». L'intérêt général exige cette rigueur, « *idque propter necessarium usum argentariorum, ex utilitate publica receptum est* ».

71. — Mais le privilège des déposants peut se trouver en concours avec d'autres privilèges. Entre déposants la règle est simple, ils viennent tous au même rang (L. 7, § 3, D. *depos.*). Mais vis-à-vis des autres privilégiés : pupilles, femmes, fisc, conservateurs d'édifices, etc., passeront-ils les premiers ou les derniers ? Dans quel ordre classer ces privilèges ? Question délicate en droit romain, comme en droit français, d'autant plus que nous avons deux textes d'Ulpien sur la matière, parfaitement contradictoires, au moins dans les termes.

Loi 7, § 2, *depos*. D. XVI, 3 : « *Quoties foro cedunt nummularii*, « *solet primo loco ratio haberi depositariorum : hoc est eorum qui* « *depositas pecunias habuerunt, non quas fœnore apud nummu-* « *larios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant. Et ante* « *privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habe-* « *tur : dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio* « *non habeatur, quasi renunciaverint deposito* ». Au milieu des questions accessoires déjà étudiées, nous trouvons la réponse à notre question : le privilège du déposant est préférable à tous autres (1).

La loi 24, § 2, *de reb. auct. jud.* D. XLII, 5, est toute différente : « *In bonis mensularii vendendis, post privilegia potiorem eorum* « *causam esse placuit qui pecunias apud mensam, fidem publicam* « *secuti, deposuerunt* ». Elle refuse encore le privilège aux déposants qui ont perçu des intérêts, ou à ceux qui, dépositaires réguliers, retrouvent leurs deniers existant dans la caisse du banquier. « *Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a cæteris creditoribus non separantur : et merito ; aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis : et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.* » Sur ce dernier point les deux textes sont d'accord.

Mais il en est tout autrement sur le rang du privilège du déposant là où il existe. D'une part, Ulpien le place après tous les autres ; d'autre part, le même Ulpien lui donne le premier rang. Que d'efforts ont été tentés pour concilier nos deux lois ! Avant d'examiner les différents systèmes, fruits de ces efforts, remarquons qu'entre ces deux textes il n'y a pas de moyen terme :

(1) Les frais nécessaires seront seuls payés auparavant (L. 8, D. *depositi*) : « *Plane sumptus causa qui necessarie factus est, semper præcedit : nam, deducto eo, bonorum calculus subdici solet* ».

*post privilegia, ante privilegia*. Dans les deux cas la solution est radicale.

Un premier système repose sur la différence des qualifications : *nummularii* au titre du dépôt, *mensularii* au titre *de reb. auct. jud.* Les déposants sont colloqués avant tout autre privilège pour les sommes placées dans une banque privée, après tout autre privilège si le dépôt a été fait dans une banque publique. — Singulière législation, qui diminuerait les garanties et la sanction pour un fonctionnaire public, tenu plus que tout autre au respect de la loi. S'il y avait du reste lieu de distinguer entre ces noms divers au point de vue du caractère public attaché à ces fonctions, ce serait entre les *argentarii* d'une part et les *nummularii* de l'autre. Les lois 7 et 8, D. *depositi*, les rapprochent au contraire. Nous avons d'ailleurs répudié cette distinction. Ce système est d'ores et déjà condamné (1).

Pour Cujas (2) et Pothier, la loi 7 viserait le cas où, les deniers se retrouvant en nature, la revendication est possible ; la loi 24 celui où ils ont été confondus avec d'autres ou aliénés. — Comment admettre dans la loi 7 le concours entre les divers déposants, s'ils réclament chacun le sien ? La revendication est exclusive de tout concours. La loi 7 d'ailleurs examine le cas où le déposant stipule des intérêts, il ne peut donc s'agir que de dépôts irréguliers. Enfin la loi 8 (D. *depos.*) fait porter ce privilège sur tous les biens du banquier sans exception. De tels arguments de texte font bonne justice du système.

D'autres interprètes pensent que la loi 7 fait allusion à des personnes déposant chez le banquier les sommes qu'elles-mêmes ont reçues en dépôt ; la loi 24 à celles qui y portent leurs

(1) Gluck, *Pand.*, t. XV, p. 224 (cité par Pellat, p. 81, textes choisis des Pandectes, p. 77 et suiv.).

(2) *In* lib. 9, *Quæst.* Papin, L. 8, *depositi*, t. IV, p. 190. — *Sic*, Mulhembruch, t. I, § 173, p. 341 et 342, note 16.

propres écus. — Mais pourquoi cette différence, en quoi le premier dépôt est-il plus sacré que le second? Puis, si la loi 7, § 2, dit : « *depositariorum, hoc est eorum qui pecunias depositas habuerunt* », le § 3 de la même loi emploie *depositarii* pour *deponentes;* et la loi 24, D. *de reb. auct.* appelle de même *depositarii* ceux « *qui pecunias deposuerunt* ».

M. Pellat (1) distingue trois hypothèses : 1° les écus existent encore en nature et peuvent être reconnus, la revendication s'applique, il n'est pas besoin d'un privilège. — 2° Les écus existent en nature, mais confondus et non reconnaissables ; le cas est prévu par la loi 7, § 2, D. *depositi*, le déposant passe avant tous les autres privilégiés. — 3° Il n'y a plus trace dans les biens du failli des écus déposés, c'est le cas de la loi 24, § 2, D. *de reb. auct.* : le déposant n'est plus préféré qu'aux simples créanciers chirographaires, il est le dernier des privilégiés.

Cette explication ingénieuse se heurte à la loi 8, D. *depos.* Aussi, pour écarter ce texte gênant, les partisans de ce système supposent-ils gratuitement de la part des compilateurs du Digeste un rapprochement inexact entre la loi 7 et la loi 8, ce qui est contraire à toute vraisemblance (2). En effet, la loi 8 ruine complètement cette théorie. Limite-t-on le privilège, au cas où les écus existent en nature mais confondus, aux biens déposés, la loi est violée. L'étend-on, suivant son texte, à toute la fortune du banquier, il y aura toujours ce fait incompréhensible que l'existence dans la caisse du banquier d'une somme venue en dépôt, si minime fût-elle, fera prendre le premier rang, à l'égard de toute la fortune, aux déposants qui passeraient après

(1) *Op. cit.*, p. 82. *Sic*, Vangerow. Maynz, t. II, p. 609, § 300, note 22.

(2) La loi 8 vise bien en effet le même cas que la loi 7, celui où dans la masse se retrouvent des valeurs provenant de dépôts, « *non in ea tantum quantitate* ». Papinien y suppose d'ailleurs un privilège préférable à tous autres, puisque, par exception, il le fait précéder par les frais nécessaires.

tous les privilégiés, si aucune des valeurs ne présente le caractère de dépôt.

Bien d'autres systèmes ont été présentés, quelques-uns tout de fantaisie, comme celui-ci : distinguant les privilèges ordinaires visés par la loi 7 et les privilèges exceptionnels visés par la loi 24, et plaçant celui des déposants avant les premiers, après les seconds. — Pour un autre, la loi 7 réglemente le cas de banqueroute frauduleuse faite par un *argentarius*. Du principium de la loi 7 jusqu'à la loi 10, le Digeste suppose le dol : dès lors le déposant pourra agir par revendication, car le banquier dépositaire « *dolo desiit rem possidere* » (L. 27, § 3, *de rei vind.* D. VI, 1), et cette revendication, ne portant sur aucun objet déterminé, n'exclut pas le concours entre déposants. S'il n'y a pas fraude, et c'est le cas de la loi 24, la faveur est moindre, et le privilège du déposant vient le dernier de tous.— Théorie captivante, mais quelle base fragile ! Qu'il soit prouvé qu'en droit romain *defraudator* et *decoctus* sont synonymes, et que *foro cedere* n'implique pas toujours la fraude, et tout s'écroule. Or cette preuve est faite, il n'y a qu'à lire les auteurs latins. D'ailleurs, que la mauvaise foi de l'*argentarius* aggrave sa responsabilité vis-à-vis du déposant, je l'accorde, mais il serait inique d'obliger les tiers à en souffrir.

Cette idée de revendication au profit du déposant irrégulier a inspiré une nouvelle explication de nos deux lois. « Les déposants, dit M. Cruchon (1), n'avaient jamais de privilèges avant les privilèges. Ils venaient avant ou après les privilèges » : avant, par droit de revendication, quand les dépôts réguliers ou irréguliers existeront reconnaissables ; après, quand ils formeront une masse confuse. Ne nous étonnons pas de cette revendication accordée à l'auteur d'un dépôt irrégulier : « *Aliud est*

(1) Cruchon, *Thèse de doctorat*, p. 191 et suiv.

*deponere, aliud est credere* ». C'est une exception aux principes spéciale au cas de faillite. — Mais la loi 7 fait venir les déposants en concours, ils n'exercent donc pas une revendication, et l'exception aux principes n'est certainement pas indiquée par les textes. Cette théorie est arbitraire.

Un dernier système attribue la loi 7 aux dépôts réguliers et la loi 24 aux dépôts irréguliers. Si les dépôts se retrouvent en nature, la revendication s'exerce; s'ils ont été détournés de mauvaise foi par le banquier auquel on avait fait un dépôt proprement dit, le privilège du déposant primera tous les autres (L. 7). Si, à la suite d'un dépôt irrégulier, les sommes ont été dissipées ou confondues, le déposant primera seulement les créanciers chirographaires (1), (L. 24). — La déduction est logique, mais le principe n'est pas prouvé, il est improbable. Ce n'est pas au Digeste qu'apparaît une si grande différence entre les situations visées par ces deux lois : la loi 7 *depositi* s'occupe de dépôts irréguliers, le contraire du moins n'est nullement certain. Ce système peut être fort ingénieux, mais il est créé de toutes pièces et n'exprime pas la pensée d'Ulpien.

72. — Quelle jonchée! Aucun essai de conciliation ne résiste à l'examen. Quelques-uns font le plus grand honneur à l'esprit inventif de leurs auteurs : aucun ne satisfait absolument l'esprit. Cela s'explique d'ailleurs : on ne conciliera jamais ces deux lois, parce que, du moins dans l'état actuel de la science, elles sont inconciliables. J'ai lu et relu ces textes, j'ai acquis la conviction qu'ils prévoient la même hypothèse. Or ils répondent d'une façon absolument contradictoire à une même question, et l'on n'a pas même la ressource d'en accuser une divergence d'opinions entre les deux écoles de jurisconsultes. Pour moi, il n'y a que deux manières d'expliquer cette antinomie.

(1) Guillard, *op. cit.*, p. 91 et suiv.

Ou bien la loi 24 *de reb. auct.* exprime exactement l'opinion d'Ulpien, et la loi 7 D. *depositi* aurait été remaniée par les compilateurs du Digeste conformément à des principes plus favorables aux *argentarii*. La loi 24, étrangère au titre du dépôt, aurait échappé à une correction semblable. C'est là, je l'avoue, une supposition toute gratuite.

Ou bien, ce qui est plus simple, la divergence vient d'une erreur de copiste. Changez un mot, un seul, dans chaque texte : lisez *ante privilegia* dans la loi 24 ou *post privilegia* dans la loi 7, la discussion est close, vous avez la concordance la plus parfaite. Sans doute c'est un moyen radical et aisé de trancher la difficulté, mais les rédacteurs des Pandectes sont-ils donc impeccables, et du reste c'est notre dernière ressource, puisque nous repoussons toute tentative de conciliation. Voyons quelle version il faut préférer.

Je n'hésite pas à admettre celle de la loi 7 D. *depositi*, et à lire « *ante privilegia* » aussi bien dans la loi 24 que dans la loi 7. Cette dernière est au siège de la matière, et son affirmation est contrôlée par celle de la loi 8. Le législateur romain, voyant la fréquence, le caractère d'utilité publique du dépôt, a voulu le mettre à l'abri de tout risque. Il lui donne un privilège portant non seulement sur les fonds de banque, mais sur tous les biens du banquier. Rien de plus naturel dès lors qu'il le fasse passer avant tout autre privilège, « *ante privilegia depositariorum ratio habetur* ».

## CHAPITRE IV.

### L'ARGENTARIUS TRANSFORMÉ.

73. — Le temps apporta des modifications à la législation primitive, et le banquier du Bas-Empire diffère profondément de l'*argentarius* de la République. Ces changements consistent en ce que :

1° Dans chaque ville les *argentarii* se forment en corporation ;

2° Justinien crée en leur faveur une réglementation spéciale.

### SECTION I.

#### CORPORATIONS D'ARGENTARII.

74. — Les *societates*, fréquentes, nous l'avons vu, entre banquiers, leur firent comprendre tous les avantages d'une union plus durable. Aussi durent-ils céder au grand mouvement d'association qui marque les dernières années de la République. Le danger commun, car leurs richesses devaient en ces temps troublés leur susciter bien des envieux, l'exemple de collèges d'artisans déjà existants y durent aussi contribuer. Ils se groupèrent, non plus pour acquérir et partager des bénéfices, mais pour s'entretenir des intérêts de leur profession, pour se prêter mutuelle assistance, pour se défendre contre les oppressions du Pouvoir. Telle dut être l'origine de ces collèges de banquiers dont la législation de Justinien parle sans cesse : *argentariorum collegium*, *consistorium*, *corpus*, *conventus*, etc.

Ils naquirent sous l'Empire. César, qui enrégimentait les jurisconsultes à sa suite, pouvait-il refuser une semblable faveur

aux banquiers, fournisseurs du Trésor impérial dans les besoins pressants ? C'est le propre du despotisme de tout centraliser, et tel empereur, qui souhaitait aux Romains une seule tête pour la pouvoir couper, devait aimer dans les grands corps de l'Etat une seule direction. Intérêt politique et intérêt privé se réunissaient pour faire admettre notre association financière.

75. — Autorisées par l'empereur ou le sénat (L. 3, § 1, *de collegiis*, D. XLVII, 22), les corporations se donnent des statuts (L. 4, *eod. tit.*). Elles ont des biens communs, un album, une caisse commune, un administrateur, un syndic (L. 1, § 1, *Quod cujusc. univers.* D. III, 4). Leurs créances et leurs dettes sont distinctes de celles de leurs membres (L. 7, § 1, et 2, *eod. tit.*). Ceux-ci jouissent de certaines exemptions (L. 17, § 2, et 41, § 3, *de excusation.* D. XXVII, 1). L'Etat se réserve sur elles un droit de surveillance et peut toujours retirer l'autorisation qui les a fait naître.

Les empereurs usèrent de ce droit de police. Inquiets pour leur pouvoir, ils prirent ombrage de cette tendance au groupement chez leurs sujets. Ils défendirent les associations, ils ordonnèrent aux gouverneurs des provinces de leur refuser l'existence légale (L. 1, pr. *de colleg.* D. XLVII, 22). Nul ne peut faire partie de deux collèges différents : s'il s'est rendu coupable de ce crime, qu'il soit mis à mort : « *Quisquis illicitum corpus usurpaverit, ea pœna tenetur, qua tenentur, qui hominibus armatis loca publica vel templa occupasse judicati sunt* » (L. 1, § 2 ; L. 2. *eod. tit.*).

Mais cette prohibition et ces peines visaient surtout les confréries politiques, les clubs, si j'ose ainsi parler. Les empereurs respectèrent les corporations d'*argentarii* et en favorisèrent l'extension dans chaque ville (1). Ceux-ci d'ailleurs ne

(1) L'épigraphie nous montre leurs collèges organisés à Rome, Ravenne, Pompéi, Carthage, Alexandrie, Athènes, Ostie. Les *argentarii* se distin-

se montrèrent point ingrats. Ils élèvent un arc à Septime Sèvère sur le *forum boarium* (1), dédient à *Anagnia* un monument au fils de Commode. Ils deviennent les amis du pouvoir.

Aussi sont-ils plus que jamais de vertueux personnages : *perfectissimi*, *honestissimi*, des hommes importants : *clarissimi*. La corporation a son culte, ses temples, ses dieux, elle a surtout un respect tout particulier pour ses morts, souvent même elle fait les frais des funérailles. Le cadavre d'un *argentarius* n'est pas jeté à l'oubli. Des inscriptions sur l'airain et le marbre rappellent son nom entouré de désignations flatteuses et de sigles honorifiques VH, VP, VC, « *fortunæ primigen argentarius coactor* » (2).

76.— Mais c'est surtout au Bas-Empire que les corporations sont réglementées. Le nombre enest fixé à trois cent soixante-trois (L. 5, *de comm.* C. IV,63). Pour en faire partie, il faut être agréé par le collège et aussi par le Pouvoir. Quand on y est une fois entré, il est presque impossible d'en sortir, et des peines sévères sont prononcées, soit contre ceux qui veulent abandonner leur corporation d'origine, soit contre ceux qui font partie de deux collèges à la fois (L. 10, *de proximis sacr.* C. XII, 19. L. 5, pr. *qui militare possunt*, C. XII, 34). Ils y sont enchaînés, eux et leur postérité, et la loi établit entre eux la solidarité pour tous les enga-

guent par le lieu où sont établies leurs *mensæ* : *argentarii de foro esquilino, de foro boario, de foro vinario, ex velabro, de vico* (Mommsen. *Corp. inscript. lat.* t. VI, 1re part., p. 1213, n. 9179-9180).

(1) Mommsem, *Corp. inscript. lat.*, t. VI, pars I, p. 195, n. 1035.

(2) Le *Corpus inscript. latin.* est riche en inscriptions de ce genre : pour la Pannonie, t. III, n. 3500 ; en Afrique, t. VIII, n. 3305 et 7156: « *Argentariam exhibui artem : fides in me mira fuit et veritas omnis* », dit cette dernière ; en Italie, t. V, n. 3428, 4099, 8212, 8318 ; t. VI, n. 4328, 4329, 4422, 4427, 5184-5186, 5746, 5539, 9155-9190 ; et t. X, n. 1914, 1915, 3877, 3977, 6493, 6699, etc. — Beaucoup rappellent des *argentarii Cæsaris, de familia Augusti, de officiis domus Augusti*, t. VI, n. 8728-8731, par exemple.

gements du *collegium*, principalement à l'égard du fisc. (C. Théod. *de privil. corp. Urb. Romæ*, XIV, 2 — *de his qui cond. propr. reliqu.* XII, 19 — C. Just. *de privil. corp. Urb. Romæ,* XI, 14.) Un grand mouvement de retraite se produisait en dépit de ces lois pour fuir les charges honorifiques et leurs impôts écrasants ; ce mouvement était sensible même chez les *argentarii*. Certains d'entre eux abandonnaient la profession pour devenir *decani* ou *lecticarii* (Nov. 43 et 53).

Quels étaient les motifs de cet abandon ? La mauvaise foi des emprunteurs, peut-être aussi les exigences du Trésor impérial, certainement les lacunes devenues plus sensibles de la législation et l'absence du numéraire. La fortune fuyait cet empire en décomposition. Les empereurs réagirent contre cette tendance à la désagrégation (*de colleg* et *chartoprat*. C. XI, 17 — L. 9 *de sacros. eccles.* C. I, 2) « *ne argentariorum vel nummulariorum munera declinentur ab his qui dici tantum collegiati vel decani festinant* », il faudra, pour pouvoir quitter le collège, faire agréer de tous un remplaçant. C'était retenir les *argentarii* dans leurs fonctions par la force. Justinien réussira mieux dans cette tâche en réformant à leur intention la législation.

## SECTION II

### INNOVATIONS DE JUSTINIEN.

77. — Jusqu'à Justinien, aucune faveur particulière n'avait été attachée par la loi à la profession de banquier ; mais, à son époque, le crédit public était tombé si bas que l'empereur jugea nécessaire d'encourager les *argentarii*, dont les services s'étendaient à tout l'empire : « *illi non paucis quibusdam sed omnibus ferme, qui in universa republica fiunt, contractibus ministerium præstant* » (Edit 7, ch. 4). Peut-être voulait-il aussi récompenser le zèle avec lequel ils avaient alimenté le Trésor durant ses guerres

et s'attacher un corps dont l'influence et la considération étaient si grandes encore. En tous cas, il leur consacre une série de dispositions législatives qu'il nous faut parcourir. Les unes leur accordent des privilèges qui leur sont propres. Les autres ont trait à leurs rapports avec les clients. Certaines d'entre elles, celles de la Novelle 136, par exemple, édictent une sanction pénale pour quiconque les enfreindra.

### I. — *Avantages conférés à la fonction.*

78.— 1° *Militiæ*. Après Théodose et Valentinien (L. 12, § 3, *de cohortalibus*, C. XII, 58), Justinien avait interdit à tous les individus « *qui ergasterio præsunt* » l'exercice d'une *militia*, c'est-à-dire de toute charge, de tout office public : il excepta de cette prohibition les *argentarii* de Constantinople, qui pourront acquérir une charge si elle n'entraîne pas un service armé, *militia non armata*. Ils pourront même garder la *militia armata* dont ils étaient déjà pourvus, à la condition d'abandonner la banque (*Negotiatores ne milit.* C. XII, 35).

Mais ces achats de *militiæ* faits par les banquiers pour eux-mêmes ou leurs proches sont présumés faits avec l'argent de leurs créanciers, qui pourront, jusqu'à preuve contraire, poursuivre en paiement le titulaire de l'office et le forcer à le vendre (L. 27 *de pign. et. hyp.* C. VIII, 14). Les *argentarii* demandèrent pour leurs débiteurs une situation semblable. L'empereur écouta leurs plaintes, et autorisa tout membre de la corporation à Constantinople (*his solummodo qui de prædicto consortio sunt*) à se payer sur le prix de la charge acquise par son débiteur postérieurement à l'emprunt, soit pour lui-même, soit pour ses enfants. Ces derniers pouvaient prouver l'origine des deniers *ex maternis bonis vel ex principali largitate* (Nov. 136, ch. 2).

L'empereur alla plus loin, il accorda aux banquiers un privilège sur les choses mobilières ou immobilières achetées avec des deniers prêtés par eux spécialement dans ce but, et le droit de s'adjuger la chose, s'ils ne sont pas remboursés, comme s'ils l'avaient achetée eux-mêmes. Il leur suffisait pour cela de joindre un écrit au contrat, et d'y mentionner ce droit (Nov. 136, ch 3).

79. — 2° *Intérêts.* Justinien fixe le taux de l'intérêt à 8 % pour les banquiers, et les prêts faits par eux rapporteront cette somme, en l'absence même de toute allusion aux interêts, « *cum non possit, qui ipse usuras dependit, sine usuris dare impendia* » (Nov. 136, ch. 5). Pour les faire courir, il n'est plus besoin d'écrit ni de stipulation, « *nam qui omnibus propemodum indigentibus opem ferre parati sunt, hos utique per hujusmodi minutias injuriam perpeti, justum non fuerit* (Nov. 136, ch 4). Enfin l'empereur condamne la doctrine ingénieuse de certains débiteurs. Ayant emprunté à un banquier exerçant une charge, ils prétendaient n'avoir pas affaire à l'*argentarius* mais au *militans* et se refusaient en conséquence à payer l'intérêt commercial de 8 %. L'édit 9, ch. 6, les oblige à acquitter les intérêts convenus dans les pactes jusqu'à concurrence de ce taux.

Mais Justinien refuse de revenir sur la constitution par laquelle il fixait le total maximum des intérêts à une somme égale au capital (L. 26 *de usuris*, C. IV, 32). Les *argentarii* pourront réclamer pour le passé et pour les vrais contrats de banque les intérêts stipulés, à quelque taux qu'ils se montent. Mais leurs clients ne jouissent pas de la même faveur, et elle est retirée à tous pour l'avenir: « *Nos igitur in posterum eam legem omnino violari nolumus* » (Edit 9, ch. 5).

80. — 3° *Bénéfice de discussion.* Justinien, dans sa Novelle 4, avait accordé à la caution le droit d'exiger du créancier la pour-

suite préalable du débiteur. Il avait exclu, on ne sait pourquoi, les *argentarii* de cette faveur (Nov. 4, ch. 3, § 1). Ceux-ci réclamèrent contre cette injustice, et la Novelle 136, ch. 1er, vint leur permettre d'obtenir par un pacte spécial de ceux qui cautionneraient leurs clients la renonciation au bénéfice d'ordre, et de les mettre ainsi dans une situation analogue à la leur. A défaut de convention spéciale, le banquier doit continuer à respecter la Novelle 4, tandis qu'il ne peut jamais en profiter.

81.— 4° *Fidejussio in decimam partem.* Tout demandeur en justice doit fournir des garants pour le paiement de la dixième partie de la valeur litigieuse due par lui, s'il perd son procès, au défendeur injustement attaqué. Cette obligation pesait aux *argentarii*. L'édit VII, ch. 5, les en dispense. Ils ne doivent ni caution ni serment. Leur simple promesse est suffisante, « *cum ipsorum fides et pro aliis sufficere existimetur* ».

82.— 5° *Exceptio non numeratæ pecuniæ.* Nous savons combien cette exception était gênante pour les banquiers, qu'elle exposait à des surprises et à des périls. Justinien fait résulter l'obligation légale pour le débiteur et ses héritiers de tout compte signé de lui et mentionnant la cause du versement des deniers. La cause et la signature valent pour le compte en bloc, le débiteur doit prouver sa non-obligation : il peut cependant, dans les délais ordinaires de l'exception *non numeratæ pecuniæ*, déférer à l'*argentarius* ou à ses héritiers le serment sur les causes du prêt (Nov. 136, ch. 6).

83.— 6° *Collation des titres* (Edit VII, ch. 2). Les *argentarii* demandaient que la confrontation des écritures privées entre elles les confirmât à l'égal de leur comparaison avec les titres publics. Certains de leurs clients détestaient cette formalité qui faisait connaître leur gêne. D'autres y cherchaient un moyen

d'échapper à leur obligation. Justinien décide que ni les clients ni leurs héritiers ne pourront dénier les pièces écrites et signées de leurs mains, contre-signées par les témoins, et que de tels actes auront entre eux et le banquier, *ex sola forma*, la même autorité que des titres publics. L'*argentarius* pourra se refuser à leur confrontation avec ces derniers.

84.— 7° *Droit de gage. Revendication.* A l'époque de Justinien, le créancier gagiste a toujours le droit de vendre le gage. Si les contractants ont réglé les conditions de cette vente, il s'y conformera; sinon, après une dénonciation au débiteur, il obtient du juge une sentence et, deux ans plus tard, peut y procéder (L. 3, § 1, *de jur. dom. imp.* C. VIII, 34). Ces règles sont applicables à l'*argentarius* créancier gagiste. Seulement, si le gage a été constitué par écrit, et qu'il y ait contestation sur le prix de vente, on le croira sur son serment. En dehors même de toute convention, si le prêt était à terme et n'est pas payé à l'échéance, l'*argentarius* pourra s'attribuer en paiement la chose donnée en gage, en la faisant estimer toutefois, avec la permission du prince, par des experts, en *présence des tabularii* (Edit IX, ch. 4).

S'il a livré en prêt des bijoux précieux sans contrat écrit, il les pourra revendiquer comme siens, même sans droit d'hypothèque, contre ses clients ou leurs héritiers (Nov. 136, ch. 3).

85.— 8° *Paiements faits par eux comme mandataires* (Edit IX, ch. 1er). Les banquiers payaient pour leurs clients en vertu d'un mandat écrit ou verbal. Ils réclamaient ensuite leur remboursement, qu'on leur refusait parfois jusqu'à ce qu'ils eussent prouvé le désintéressement du créancier. Justinien leur enjoint de ne se constituer mandataires que sur la foi d'un écrit. Puis il ajoute que, faute par le débiteur de réclamer dans les deux mois qui suivent l'échéance du constitut, il ne pourra plus contester ni le mandat ni la légitimité du paiement.

II.— *Règles communes aux banquiers et à leurs clients.*

86.— 1° *Privilège de juridiction.* Les *argentarii*, en raison de leur nombreuse clientèle, étaient exposés à se voir traduits devant toutes sortes de tribunaux ; leurs intérêts en souffraient. Justinien leur avait donné des juges spéciaux. Ceux-ci venant à mourir, ils en réclamèrent d'autres. L'édit VII, ch. 6, nomme Tribonien et Petrus pour connaître de leurs procès. Peut-être ne fut-ce là qu'une juridiction temporaire, toujours est-il que dans l'édit IX, ch. 8, Tribonien est encore chargé de cette mission.

87.— 2° *Fraudes possibles.* A la mort d'un *argentarius* ou à la mort d'un client, les successeurs niaient l'argent déposé ou emprunté. La somme était le plus souvent perdue pour l'héritier. Justinien oblige les successeurs et les esclaves du défunt à déclarer publiquement ses obligations devant le tribunal. Leur mauvaise foi ou leur négligence leur causerait une peine du double, si plus tard la dette déniée était reconnue valable (Edit VII, ch. 1^er^).

D'autres fois, des débiteurs malhonnêtes, voulant échapper à l'hypothèque générale qui frappait leurs biens, achetaient des immeubles au nom de leur femme ou de toute autre personne, ou bien encore ils persuadaient à leurs propres débiteurs de payer à ce tiers sous la forme d'une cession ou d'une vente. Sur les poursuites du créancier, ils excipaient de leur indigence, et profitaient frauduleusement de son appauvrissement. Justinien permit à ce créancier, s'il peut prouver la fraude, de se payer, sur les objets ainsi détournés, et de sa créance et de ses frais. Pour lui faciliter la preuve, il oblige les débiteurs à produire, s'il n'en doit pas résulter pour eux d'inconvénient, les

quittances reçues de la femme ou de la tierce personne (Edit IX, ch. 7).

88. — 3° *Hypothèque.* Clients et banquiers ont, sans qu'il en soit fait mention, des actions hypothécaires découlant naturellement du contrat, « *quasi eæ naturaliter argentariorum, eorumque qui cum ipsis contrahunt, contractus comitentur* ». Ils peuvent, après la mort de leur débiteur insolvable, se payer sur les gages et les dépôts laissés par lui entre les mains des tiers et poursuivre ses propres débiteurs (Edit VII, ch. 3).

Ils n'ont pas besoin, au cas de vente faite par lui, pour revendiquer entre les mains du cessionnaire les choses frappées d'hypothèque spéciale ou générale, de prouver préalablement par la cession de biens l'insolvabilité du débiteur. La rapidité nécessaire et le nombre de leurs affaires ne permettaient pas en effet aux banquiers de se procurer des garanties en prévision de l'éviction (Edit VII, ch. 4).

89. — Bref, Justinien entoure la corporation des *argentarii* de ses soins bienveillants : c'était justice d'ailleurs, puisque « *præcipui et maxime necessarii (contractus) semper per prædictum collegium fiunt* (Edit VII, ch. 8, *in fine*).

# DROIT FRANÇAIS

## LES ASSURANCES SUR LA VIE

### DANS LE MARIAGE

### PREMIÈRE PARTIE

#### DE L'ASSURANCE SUR LA VIE EN GÉNÉRAL

#### CHAPITRE PREMIER.

HISTORIQUE, LÉGALITÉ, MORALITÉ.

1. — L'homme est fragile, ses œuvres sont instables : le fruit de son travail est, comme lui-même, destiné à périr. La fortune amassée par le père disparaît entre les mains des enfants, et passe à une autre famille. Pour l'homme et ses œuvres matérielles, la loi fatale est la mort.

Si l'on ne peut prévenir les rigueurs de cette loi immuable, du moins est-il permis de chercher à en atténuer les conséquences. De tous temps l'humanité a voulu limiter l'action du hasard, cet ennemi capricieux « dont l'antiquité avait fait un dieu pour

lui offrir des sacrifices afin de l'apaiser (1). » C'est là un sentiment populaire et instinctif qu'exprime le poète :

*Un sou, quand il est assuré,*
*Vaut mieux que cinq en espérance.*

Telle est l'idée originaire de l'assurance sur la vie. L'homme a voulu, autant que possible, mettre après sa mort sa famille à l'abri des coups du destin, et, se survivant à lui-même, lui laisser un capital quelconque remplaçant le fruit de son travail. Il a eu recours à l'assurance, « ainsi nommée parce qu'elle constitue un caractère de sécurité absolue à une propriété qui la veille était incertaine (2). »

2. — Cependant cette conception n'a été nettement dégagée que depuis peu de temps. Inconnue à Rome, l'idée mère en apparaît dans les *sodalitates* ou *ghildes* germaniques, vastes associations où les dommages subis par chaque associé sont répartis entre tous.

Le moyen-âge a aussi ses associations sur les risques de vie et de mort, mais elles se prêtent malheureusement à des spéculations sur la vie qui, simples gageures, reçoivent le nom d'assurances et, condamnées par la morale et par la loi (3), indisposent les esprits contre une institution louable, n'ayant de commun avec elles que le nom.

Elles s'appliquaient tout d'abord aux navigateurs : ceux-ci versaient avant leur départ aux mains d'un tiers une somme qui leur était rendue très augmentée au cas de retour heureux,

(1) Couteau, *Traité des ass sur la vie*, t. I, n. 75, p. 108. De Courcy, *Lois du hasard*, p. 29. About, *De l'assurance*, p. 70.

(2) Vermot, *Catéchisme de l'assurance*, 1re part., p. 5.

(3) Guidon de la mer, ch. 16, art. 5. Ord. 1681, liv. 3, tit. 5, art. 10. Ord. Pays-Bas, ch. II, en 1570. Ord. d'Amsterdam en 1578. Ord. de Middlebourg, art. 2, en 1600. Ord. de Rotterdam, art. 10, en 1604. Code suedois, ch. 5, en 1666.

qui devenait au contraire la propriété de l'assureur au cas de sinistre (c'est exactement le contre-pied de l'assurance véritable). Ces spéculations s'étendirent bientôt à la vie de toutes personnes et à toutes espèces de choses. « Il n'était rien, dit Francis, sur quoi l'on ne souscrivît des polices ou qui ne servît de matière à des gageures. Inde ou Minorque, Warren Hastings ou l'amiral Bings, tout leur était bon, pourvu qu'ils pussent en tirer quelque argent (1); » c'étaient là de simples paris, tels que les prohibe encore notre article 1965 C. civ. Sans doute, dans certains cas, ils jouent bien le rôle d'une véritable assurance; tel est celui dont nous parle Pothier : un père envoie son fils en Amérique, il paie à un assureur une prime à condition de recevoir une somme de 10,000 francs si son fils périt dans le voyage; cependant Pothier annule le contrat : de telles conventions contiennent le *votum mortis*, et l'on ne peut mettre à prix la vie humaine, « *Liberum corpus æstimationem non recipit* (2). » Ce sont là idées fausses que nous retrouverons bientôt. Disons néanmoins que pour d'autres motifs nous comprenons cette annulation : le taux de la prime payée par le père n'a pas encore été fixé par la science, elle n'est pas l'expression exacte d'un risque, mais le prix d'une spéculation pour l'assureur.

3. — Tandis que ces notions inexactes de l'institution étaient universellement admises en France et devaient présider à la confection de nos codes, la véritable théorie naissait progressivement en Angleterre. Organisée un peu à l'aveugle, contenant des imperfections inévitables, car les lois de la mortalité étaient encore mal connues, l'*Amicable Society*, née en 1706, prospéra

(1) *Annals of life insurance.* — Statut de Gênes, 1588. — Voir de Montluc, *Des ass. sur la vie*, p. 11 et suiv.

(2) Pothier, *Traité de l'assurance*, n. 27. *Sic*, Emerigon, I, p. 198. Merlin, dans son Repertoire, Portalis et Corvetto, au Corps législatif, s'expriment de même. De même encore Bugnet sur Pothier, *Traité d'ass.*, *loc cit*,

rapidement néanmoins. Elle donnait un but aux recherches scientifiques qui se produisirent aussitôt, et permirent au *Royal exchange*, à la *London assurance Company*, à l'*Equitable Society*, de réaliser de sérieux progrès. Enfin, en 1806, la compagnie *The Rock* substitua des primes fixes au système antérieurement admis de la mutualité, et son exemple fut suivi. La création à Londres, en 1849, de l'institut des *Actuaires* acheva le perfectionnement logique de l'assurance sur la vie et prépara les lois sages du 14 juillet 1864 et du 9 août 1870.

Ce grand mouvement de l'Angleterre avait eu son contre-coup en France. Sans rapporter les dispositions de l'ordonnance de 1681 contraires aux seules gageures, deux arrêts du conseil du roi, en 1787 et 1788, créent la Compagnie royale d'assurances. Mais la Révolution survint qui supprima l'institution naissante (Decret du 24 août 1793) ; nos codes n'en font pas mention. C'est seulement en 1818 que nous trouvons un avis du conseil d'Etat admettant les assurances à primes fixes en cas de décès et en faisant l'éloge.

4. — Ce n'est pourtant pas là un document législatif, aussi continua-t-on à discuter en France la légalité de notre contrat. Une bouche autorisée rendit l'assurance responsable des crimes les plus horribles (1) : elle contient, disait-on, le *votum mortis*. Va-t-il donc falloir, si l'on adopte cette idée, rayer de nos codes tous les articles traitant des droits qui ont le décès pour terme d'exigibilité : les titres de l'usufruit, de l'institution contractuelle, de la rente viagère, tout le livre des successions ? On assassinera pour toucher le capital assuré ; n'a-t-on pas vu des héritiers assassiner leur auteur pour jouir plus tôt de sa fortune ? Mais, ajoute-t-on, c'est un pacte sur succession future, tombant

(1) Cass. 4 juin 1864, aff. la Pommerais. Réquisitoire de M. Dupin, D. 1864, I, 497.

sous le coup de l'article 1130 C. civ. Erreur, car ce n'est pas de la succession de l'assuré que sort le capital au profit du bénéficiaire : nous le verrons plus loin. L'assurance sur la vie n'est pas prohibée par la loi, l'article 1134 C. civ. lui permet d'exister.

Aujourd'hui d'ailleurs, le doute n'est plus permis. Si le législateur français n'a pas réglementé notre contrat, du moins en a-t-il reconnu l'existence et la validité (Loi 5 juin 1850, art. 37, § 3. — Loi 24 juil. 1867, art. 66. — Loi 21 juillet 1868. — Loi 23 juin 1875, art. 6 et 7).

5. — Si l'on ne conteste plus sa légalité, on rend aussi hommage à sa haute moralité. « C'est de la prévoyance à haute puissance », dit Michel Chevalier. — « C'est l'épargne assurée », répond Herbault. Tous les auteurs qui en traitent, tout en différant profondément d'appréciation sur la nature intime de l'assurance sur la vie, économistes, jurisconsultes, praticiens, en font un grand éloge, exaltent son utilité pour les familles et pour les sociétés. Elle favorise la sécurité, l'épargne, le crédit public et privé, conserve et crée des capitaux, elle s'adresse aux sentiments les plus purs du cœur humain. « Plus d'un père de famille, dit Rossi, à son lit de mort, doit aux assurances sur la vie le bonheur ineffable de pouvoir fixer sans angoisse ses derniers regards sur sa femme et sur ses enfants. » « Loin d'être contraire aux mœurs et à l'ordre public, elle les favorise d'une manière sensible, en développant un esprit d'ordre, d'économie, de prévoyance, qui attache les citoyens à leur famille et à leur patrie (1). »

(1) Répertoire Dalloz, v° *Assur. terr.* n. 312. Dans le même sens, Leveillé, Cochin, Michel Chevalier, Accollas, *Droit civil*, t. III, p. 517 et 527. de Caqueray, *Rev. pratique*, t. XVI, p. 196 et suiv. Deloynes, *Rev. crit.* nouv. série, t. I, p. 85 et suiv. Patinot, *Rev. prat.* t. XXVI, p. 391 et suiv. Puech. Disc. de rentrée à la Cour d'Agen, 3 9bre 77. Herbault, *Traité des ass. sur la vie*, p. 357-372, n. 404 415. Couteau, *op. cit*, t. 1, ch. 4, p. 101-142. Et tous les

Les faits d'ailleurs parlent bien haut. Si en retard que soit sous ce rapport la France, comparée aux autres États, (nous avons un assuré sur 360 habitants, les Etats-Unis en ont 1 sur 34, la ville de New-York 1 sur 5), plus de quinze cents millions français sont cependant engagés dans les assurances, elles touchent à l'avenir de plus de 160,000 familles. L'institution répond donc bien à un véritable besoin (1).

publicistes : Courcy, Reboul, Bergeron, Vermot, Vauzanges, Serbonnes, Sarcey, About, V. Borie, H. Peyraud, etc. Seul M. Pellerin (*Rev. du Notariat*, années 1882, 1883, n. 6561, 6571, 6585, 6603), est un adversaire déclaré des assurances sur la vie ; il a peu de sympathie d'ailleurs même pour l'assurance contre l'incendie. Ce sont des jeux pour lui, et pas autre chose. Notons seulement que la plupart de ses critiques s'adressent surtout à la jurisprudence et au législateur français.

(1) Mais il ne faut pas, avec certains publicistes, y voir une panacée universelle pour les plaies sociales. On a beaucoup vanté l'assurance obligatoire et l'assurance par l'Etat. L'assurance ne peut être obligatoire, car elle suppose des qualités morales que l'Etat ne peut pas imposer. L'Etat, en principe, ne doit pas intervenir dans les transactions privées. Sur ce point, voir Cauwès, *Economie politique*, t. II, n. 1079. Herbault, p. 374 et suiv., n. 416, 417. de Courcy, *Lois du hasard*, p. 1-77. Couteau, t. I, p. 136, n. 99, et une proposition de loi du 29 juillet 1879, *Mon. ass.*, t. XII, n. 132, p. 305.

## CHAPITRE II

### FONCTIONNEMENT PRATIQUE DE L'ASSURANCE.

6. — « Le fait d'avoir négligé l'examen de l'assurance au point de vue pratique est, à notre avis, la cause principale des erreurs commises jusqu'à ce jour au point de vue juridique (1). » Lisez en effet les praticiens et les jurisconsultes, ils semblent écrire sur des matières différentes. Compulsez maintenant les recueils de décisions judiciaires, vous y verrez les tribunaux, ne sachant quels principes anciens appliquer à ce contrat nouveau, toujours hésitants, ondoyants et divers, enlever la sécurité à un contrat qui est la sécurité par essence, le torturer sur un lit de Procuste, et trop souvent nous le rendre défiguré Pour nous, la maxime de Bastiat est éternellement vraie : « Tous les intérêts légitimes sont harmoniques ». On vante la moralité de l'assurance, les principes de notre Code doivent pouvoir s'y appliquer sans la violenter. Pour s'en rendre compte, il faut voir l'institution dans la pratique de chaque jour, nous déduirons de ce fonctionnement sa nature juridique.

Mettons-nous bien en garde contre le sens habituel des mots que nous trouverons employés en ces matières, ils ont été introduits par des hommes plus versés dans la pratique de l'assurance que dans la science juridique, et c'est très fâcheux, car bien de sages esprits ont erré qui, mieux renseignés par les apparences, auraient rectifié certaines erreurs, au lieu de les accréditer.

(1) Couteau, t. I, n. 102, p. 143.

## SECTION I.

### MÉCANISME DE L'ASSURANCE SUR LA VIE.

7. — Un homme va trouver un agent d'assurance, il désire, après sa mort, laisser à une personne chère une somme suffisante pour la mettre au-dessus du besoin ; c'est là une chose possible s'il consent, sa vie durant, à payer une prime annuelle dont le taux est, nous le verrons bientôt, déterminé par la statistique. Il y a là, selon nous, une assurance (1). Cette manière d'envisager l'opération est-elle bien exacte ? Quels sont les éléments essentiels de toute assurance ?

8. — L'assurance est d'une manière générale la garantie d'un *Risque* par le paiement d'une *Indemnité* au moyen de l'*Association*. Risque, indemnité, association, ce sont là les trois éléments nécessaires que nous allons retrouver dans l'assurance sur la vie. Nous prendrons pour type dans nos développements l'assurance en cas de décès pour la vie entière, qui est le plus généralement adoptée.

9. — 1° Quel est le risque en notre matière ? Quel est le sinistre contre lequel on s'assure ? Il est fort apparent et fort sérieux. Tout homme doit travailler : l'oisiveté est la violation d'un devoir. Or ce travail, c'est l'élément le plus sûr de la fortune : pour quelques-uns même, c'est toute la richesse, tout le patrimoine. Si ceux-là sont seuls au monde, sans famille ni affection, ils pourront se flatter d'amasser toujours assez par l'économie pour faire face à la vieillesse ou à la maladie. Mais s'ils ont des parents, une femme, des enfants, que leur travail fasse vivre, leur mort pour ces personnes n'est-elle pas un affreux désas-

(1) Voir articles Vauzanges, *Mon. ass.*, t. IX, n. 110 ; t. X, n. 115. Vermot, *Mon. ass.*, t. X, n. 120-125.

tre ? Le gagne pain disparaît. Qui fera subsister la famille, qui lui procurera un capital correspondant au salaire du père travailleur ? Ce sera la compagnie d'assurances, elle a donc bien pour effet de combattre un risque, un aléa fâcheux.

Sans doute elle n'enlèvera pas à la mort son caractère lugubre, elle ne sèchera pas les larmes d'une famille privée de son chef, mais elle la sauvegardera contre la misère. « L'assurance sur la vie n'a pas la prétention de réparer la perte irréparable de la vie d'une personne chère, elle ne tarife pas ce qui n'a pas de prix, mais elle pèse les intérêts pécuniaires blessés, elle leur porte un soulagement et guérit leurs souffrances (1). » Et cette estimation de la valeur de l'homme comme soutien de sa famille n'a rien d'anormal. La compagnie a seulement fait par avance, et d'accord avec l'individu lui-même, ce qu'aurait fait après coup un tribunal si la mort était résultée du fait ou de la faute d'autrui.

Certains esprits ne se déclarent cependant pas encore satisfaits. Qu'est-ce qu'un risque ? disent-ils : c'est un danger possible, une éventualité préjudiciable, qui pourra se produire ; mais le contraire aussi est possible. Je vois un risque dans l'assurance contre l'incendie, contre les accidents de terre ou de mer ; il n'en existe pas à mon sens dans l'assurance sur la vie, car la mort se produira toujours (2). — Je vous l'accorde, mais remarquez qu'il en est de même dans toute sorte d'assurance : le sinistre prévu se réalise toujours fatalement ; il suffit pour s'en rendre compte d'embrasser dans son observation une période de temps assez longue. Aux yeux de la statistique, il est tout aussi impossible qu'une maison ne doive jamais brûler qu'il serait surnaturel de voir un homme âgé de deux cents ans. Dans le

(1) Troplong, *Contr. aléat.*, p. 337, n. 165.

(2) Laurent, *Principes de Code civil*, t. XXI, p. 275, § 235.

premier cas seulement le sinistre est moins fréquent, et c'est ce qui explique la modicité relative des primes. De plus, si la mort est fatale, le jour du moins en est incertain :

« *Serius aut citius sedem properamus ad unam.* »

Enfin il n'est nullement prouvé au jour du contrat que le souscripteur mourra assuré; nous allons voir bientôt en effet que, la police fût-elle souscrite pour la vie entière, la convention n'a pas nécessairement son effet durant tout ce temps.

10. — 2° Le risque se produit-il pendant la période couverte par l'assurance, le capital assuré est versé entre les mains du bénéficiaire, c'est là l'indemnité destinée à représenter la valeur de l'homme disparu, comme en cas d'assurance contre l'incendie elle représente la valeur de la maison Seulement ici cette indemnité n'est plus payée au propriétaire de la valeur détruite, celui-ci la touche qui était intéressé à la conservation de la vie assurée.

11. — 3° Mais par quel moyen combattre cet aléa de la mort ? « L'assurance, a dit Reboul, est l'élimination du hasard dans les entreprises humaines. » Comment y parvenir ? Par l'association. « L'association est la base même de toute assurance. On dit assuré, on pourrait dire associé (1). » Le rapprochement des personnes menacées d'un même péril dans un but d'assistance réciproque a permis de diviser les risques à l'infini.

Soit un négociant qui veut faire passer toute sa fortune en Amérique, il en charge un seul navire ; s'il y a naufrage, il est ruiné. — Or, par hypothèse, la statistique lui apprend que sur cent navires faisant la traversée, un doit périr ; il a quatre-vingt-dix-neuf chances contre une de conserver sa fortune. Si, la partageant par moitié, il en charge deux navires différents, il a deux

(1) Couteau, t. I, p. 23, n. 25.

chances sur cent de perdre la moitié ; mais comme la répétition du sinistre deux fois de suite est cent fois plus rare, le risque couru de perdre le tout n'est plus que de $\frac{1}{1000}$. Telle est la base de la géométrie du hasard, du calcul des probabilités.

C'est sur cette idée d'association qu'est fondée la théorie de l'assurance sur la vie. Il n'y a pas de véritable assurance sans une société mutuelle, et tel en fut en effet, chronologiquement parlant, le premier type. Chaque année on répartissait entre les divers associés survivants les sommes déboursées pour indemniser les sinistres. Mais ce système avait ses inconvénients : la variabilité et la lenteur forcée dans la répartition de la prime et les difficultés pratiques de gestion. Aussi préféra-t-on bientôt les sociétés dites à primes fixes, dans lesquelles, la prime étant déterminée par une loi fatale, chaque assuré connaît *à priori* l'étendue de son obligation ; elles ont d'ailleurs un capital social offrant un supplément de garantie et permettant une grande rapidité dans les paiements (1). Mais au fond l'opération est la même, la compagnie ne fait que gérer la mutualité pour les assurés. Aussi bien en matière d'assurance sur la vie que pour toute autre assurance, l'association est un élément nécessaire : *il n'y a pas d'assurance sans association* (2).

(1) Les deux systèmes existent encore d'ailleurs : chacun d'eux a ses défenseurs convaincus : Assurances mutelles : Juvigny, *Des assurances.* Blin, *Des assur. sur la vie*, p. 9. Le *Figaro*, jeudi 8 nov., 1883. — Assurances à primes fixes : Couteau, t. I, p. 25, n. 28. Mornard, *Du contrat d'ass. sur la vie*, p. 68. Vauzanges, *Monit. des ass.*, t. X, n. 115, p. 120. Herbault expose la controverse sans se prononcer, n. 417, p. 379 et 380.

(2) Nous ne prétendons pas condamner au point de vue juridique toute convention de ce genre, parce qu'elle serait isolée entre particuliers ; le Code laisse toute liberté aux contractants, et si ce contrat, constituant au moins pour l'une des parties un véritable contrat d'indemnité, n'est pas un jeu, un pari, il est valide. Mais ce n'est plus une assurance. Il n'y a pas division des risques, le risque n'y est que déplacé : au lieu de l'assuré, c'est l'assureur qui le court. « En matière d'assurance, on ne peut établir de

12. — Nous venons de dire que la prime à payer est déterminée par une loi fatale, la loi des nombres, il nous faut voir comment on l'a calculée.

La statistique fournit comme donnée première le nombre proportionnel des décès correspondant à chaque âge dans un groupe d'individus : c'est ce qu'on appelle une table de mortalité. Les tables les plus répandues en France sont celles de Deparcieux et de Duvillard. D'après cette dernière, sur un million de personnes, 438,183 seulement atteignent l'âge de trente ans. Supposons qu'effrayés des conséquences possibles de leur mort, ces 438,183 survivants s'associent dans le but d'assurer un capital de 10,000 francs aux héritiers de ceux d'entre eux qui décéderont dans le cours de l'année. Pour pouvoir fournir rapidement ces indemnités, la masse les doit avoir d'avance. Pour quelle somme chaque associé devra-t-il contribuer ? La réponse est facile. Reprenons notre table : à trente et un ans, le groupe est réduit à 431,398, soit 6785 morts dans l'année. La masse devra donc fournir 6785 fois 10,000 francs ou 67,850,000, et chaque associé $\frac{67850000}{438183} = 155$ francs. Si le capital à payer était de cent francs, la prime serait de 1 fr. 55 c.

Nous avions donc raison de dire que la fixation de la prime n'est nullement arbitraire, elle est fondée sur la science et sur la statistique. Le chiffre de 1 fr. 55 c. représente d'une manière générale la prime à payer à trente ans pour une assurance temporaire d'un an au capital de cent francs. Le calcul serait aussi facile pour tout autre âge ; et nous pouvons déjà affirmer, ce qui d'ailleurs en notre cas particulier n'est guère contesté,

raisonnement bien assis sur un contrat envisagé isolément. L'assurance est la répartition des risques sur les nombres. » Adan, *Etude sur la nature du cont. d'ass.*, p. 34. L'assureur ne peut espérer constituer le capital à payer qu'en capitalisant les primes. Ils s'est formé entres les deux parties une variété de prêt, un *mutuum*, mais non une assurance.

que *dans l'assurance temporaire d'un an, le capital indemnité payé aux assurés sinistrés est formé avec les cotisations de tous les associés.*

Les survivants prolongent l'assurance. Ils paient chaque année de nouvelles cotisations destinées à constituer une masse et à être annuellement consommées. Mais à mesure que les associés avancent en âge, la mortalité augmente, il y a plus d'indemnités à payer, et moins de têtes entre qui les répartir : chaque année donc la prime devient plus onéreuse, elle était de 1,55 % à 30 ans, elle sera de 1 fr. 71 à 35, de 1 fr. 89 à 40, de 2 fr. 60 à 50, etc. Un tel résultat aurait de graves inconvénients. Sans parler des formalités ennuyeuses d'un renouvellement annuel du contrat, les primes, croissant toujours avec l'âge, finiraient par paraître trop onéreuses au moment où l'on serait près d'en recueillir le fruit: elles péseraient lourdement surtout au jour où, à la suite des facultés et des capacités, les ressources pécuniaires ont baissé.

13. — Pour y obvier, on a recherché la cotisation à fournir par chaque assuré pour composer un capital pouvant faire face aux indemnités à payer durant un nombre d'années préfix ou jusqu'à la mort du dernier survivant du groupe. La table de mortalité nous indique quelle somme devra être annuellement dépensée à ce titre. Si donc tous les capitaux étaient actuellement exigibles, une simple division assignerait à chaque associé sa part. Mais de ces indemnités, quelques-unes ne seront dues qu'après une ou plusieurs années, et durant ce laps de temps, la compagnie peut tirer intérêt de cet argent. Pour être en mesure de faire face à ces divers versements en temps opportun, il suffit que la caisse de la mutualité contienne: 1° la valeur intégrable du premier paiement annuel, comme dans une assurance temporaire d'un an;— 2° la valeur des autres paiements successifs, correspondant

à l'assurance temporaire d'un an entre les survivants pour les années subséquentes jusqu'à la dernière, escomptée à 4 % par an. Ces sommes ainsi escomptées sont additionnées : le total est ce que doit actuellement contenir la caisse ; le divisant par le nombre des associés, nous assignons à chacun d'eux sa part dans la contribution.

L'opération sera exactement la même, si l'assurance, au lieu d'être limitée à un délai préfix, porte sur la vie entière des assurés. Nous sommes encore ici en présence d'une succession d'assurances d'un an, et la prime à payer est encore obtenue par un calcul semblable à celui que nous venons d'exposer. Cela peut paraître étrange au premier coup d'œil, puisqu'il est impossible d'assigner à chacun la date de sa mort. Mais cette affirmation, vraie pour un seul personnage, cesse de l'être si l'on envisage un groupe assez nombreux. Les tables de mortalité déterminent rigoureusement le nombre annuel des décès. Nous procéderons donc de même que tout à l'heure. Ayant fait le total de tous les paiements prévus par la table jusqu'à l'extinction totale du groupe et le calcul de l'escompte, ayant divisé ce total entre tous les assurés, nous aurons la prime unique de l'assurance pour la vie entière exigible au premier jour. Ici encore la fixation du délai a pour but unique d'empêcher l'accroissement périodique des primes : nous sommes toujours en présence d'assurances temporaires d'un an.

14. — Mais cette prime unique n'est pas usitée en pratique ; pour la commodité du public on l'a transformée en primes annuelles et viagères. La prime annuelle sera la rente viagère que rapporterait à un homme du même âge que l'assuré l'abandon d'une somme égale à la prime unique. Les tables de mortalité permettent encore aux compagnies d'en fixer le taux, sans aléa d'ailleurs, vu le grand nombre de têtes assurées. Il faudra tenir

compte du jeu de l'intérêt, de l'escompte. Cette prime viagère est naturellement plus forte au début que celle demandée au même âge pour une assurance temporaire, en raison du plus grand nombre d'années sur lesquelles portent le risque et le calcul.

Malgré toutes ces améliorations pratiques, les principes que nous venons d'exposer sont toujours vrais, et la comptabilité des compagnies en fait foi : chaque année l'association se liquide. Vous prétendez considérer l'assurance sur la vie entière comme un contrat isolé, se suffisant à lui-même, et produisant un capital par l'accumulation des primes versées; reportez-vous donc à cette comptabilité. Ce n'est pas là une question de droit, c'est un pur fait. Si vous persistez dans votre conception de l'assurance, vous ne verrez, dans l'évolution de chaque compte particulier, qu'incohérence et absurdité. Tout y est clair et rationnel au contraire si vous admettez l'annualité de l'assurance et la nécessité de l'association (1).

15. — Nous avons posé la base de notre édifice, affirmons une fois de plus notre premier principe : *Toute assurance sur la vie, quelle qu'en soit la durée, n'est qu'une succession d'assurances temporaires d'un an.*

Il est fertile en conséquences, relevons-en deux immédiatement :

16. — 1° *La prime se paie d'avance.* En effet, la compagnie assureur doit avoir en main au début de chaque exercice la somme nécessaire pour faire face à tous les sinistres de l'année. Sans prime payée, pas d'assurance, toutes les polices le disent, et c'est trop évident. Vous achetez chaque année, moyennant cette somme, le droit éventuel à une indemnité pour votre succession

(1) Vermot, *Catéchisme de l'ass.*, 1re part., p. 32, et suiv.; et *Mon. ass.* t. X, n. 121, p. 353. et suiv., n. 122, p. 386 et suiv.

ou un tiers, au cas où vous viendriez à mourir dans les délais fixés. Vous prenez, le 1er janvier 1884, un abonnement de parcours sur les chemins de fer, vous avez durant toute l'année le droit d'aller et de venir sur les lignes ferrées, mais jusqu'au 31 décembre seulement. Une fois l'année finie, vous êtes sans droit, car vous n'avez payé qu'une fois. Il en est de même dans l'assurance, vous devez, si vous voulez être protégé par elle, contribuer par avance à la formation de la masse consacrée cette année-là au paiement des indemnités.

17.— 2° *Le paiement des primes est facultatif.* C'est là le point délicat, c'est celui que nos adversaires se refusent le plus à admettre (1) ; c'est qu'en effet il ruine toutes leurs théories. Cependant toutes les polices contiennent cette clause (Cie d'assurances générales, art. 3), et franchement l'article 1134 permet bien aux contractants de régler à leur gré les bases de leur engagement réciproque. S'il en est autrement dans les assurances contre l'incendie, qu'importe : les parties ont exprimé ici leur volonté, on n'a pas le droit de la violer. Cette clause serait-elle donc contraire aux lois ou aux bonnes mœurs ? Mais il y a plus, cette règle est essentielle au contrat d'assurance sur la vie, qui sans elle serait impraticable. Quel est en effet ici le but de l'assuré ? C'est de garantir après sa mort un capital à un tiers en versant des primes annuelles jusqu'à son décès. Or le mobile qui pousse l'assuré à ce sacrifice périodique peut n'être qu'une nécessité passagère. Un chef de famille assure sa vie au profit des siens : la mort lui ravit toutes ses affections, oserions-nous le contraindre à tenir un engagement qui n'a plus de raison d'être pour lui ? Ses ressources d'ailleurs peuvent devenir trop modiques pour subvenir au paiement des primes. Si l'on

(1) Levillain, note au Dalloz, 1879.2.25. — *Sic*, Blin, *Th. doctorat*, p. 24.

prétendait river l'assuré à son contrat, les compagnies n'auraient pas beaucoup de clients.

Mais n'est-il pas anormal et contraire à la bonne foi d'obliger la compagnie pour une période illimitée, tandis que chaque année le preneur d'assurance peut cesser de payer sa prime ? Ce le serait peut-être, mais s'il n'y a pas de prime payée, il n'y a pas d'obligation pour la compagnie, car il n'y a pas assurance. Chaque année l'association se reforme : il faut un nouveau concours de volonté pour la reconstituer ; ceux qui veulent s'en retirer n'ont qu'à ne pas payer leur prime, de même que l'abonné sur les voies ferrées en 1884 n'est pas tenu de reprendre en 1885 un nouvel abonnement. La compagnie, dans le contrat originaire, s'est seulement engagée à accepter chaque année une prime uniforme sans exiger de nouvelle visite médicale, il n'y a rien de plus. Le preneur peut annuellement renoncer au contrat souscrit. S'il prend son billet d'assurance, c'est-à-dire s'il paie la prime, son décès dans l'année amènera pour le bénéficiaire la réception d'une indemnité ; sinon, plus d'assurance, la compagnie ne doit plus rien. Le contrat primitif n'a fait qu'uniformiser la prime annuelle et indiquer les conditions de renouvellement. Mais il ne lie les parties que si l'assurance existe, c'est-à-dire si la prime est payée. Le paiement des primes est facultatif (1).

(1) De Courcy, *Ass. sur la vie et droits de mutation*, p. 12. Couteau, t. I, p. 179, n. 132 et suiv.— Ce rapide exposé suffit à condamner les prétentions de la jurisprudence exigeant des compagnies, pour les libérer au cas de non-paiement des primes, une mise en demeure régulière adressée à l'assuré. — Pourquoi ? Parce que, dit-elle, les primes, de portables qu'elles étaient, sont devenues quérables du fait des compagnies. — Qu'importe ! Le fussent-elles réellement devenues, qu'il y aurait là dérogation seulement à l'article de la police concernant le lieu du paiement, et nullement à celui qui règle les conséquences du non-paiement. En Belgique, la question est universellement résolue en notre faveur.

18.— Nous avons dit plus haut (n° 14) que la prime pour une assurance sur la vie entière était supérieure à la prime d'une assurance d'un an contractée au même âge : à trente ans, elle est de 2 f. 49 °/₀ au lieu de 1 f. 55. Que fait-on donc de cette différence 0,94, de cette part qui ne doit pas couvrir les risques de l'année courante? On la met en réserve pour subvenir plus tard à l'insuffisance de cette prime uniforme dans les dernières années de la vie du souscripteur. « C'est le solde créditeur de chaque compte, comblant, dans le but d'uniformiser la prime, la différence de la cotisation à verser à deux âges différents pour une assurance temporaire d'un an (1). » L'assuré a payé 0,94 °/₀ de trop à l'âge de trente ans. Mais s'il vit longtemps, il eût dû, en se réassurant chaque année, payer 2 f., 60 fr. à cinquante ans, 4 fr. 30 à soixante, il paiera toujours 2 f. 49. Les 0,94 c. de la première heure, et les excédents des autres premières années, placés à intérêts par la compagnie, serviront à parfaire l'insuffisance ultérieure de la prime uniforme. Ces 2 f. 49 se divisent à trente ans en deux parts distinctes : l'une, 1 f. 55, sera dépensée dans l'année pour payer les sinistres de la mutualité ; — l'autre, 0,94 c, constituera un amortissement pour le temps où l'usure de l'être humain assuré exigerait une augmentation de la prime correspondante à l'augmentation des risques.

Cette deuxième partie de la prime n'est pas comme la première acquise *de plano* à la compagnie, c'est entre ses mains un dépôt appartenant toujours à l'assuré. Elle doit l'administrer de manière à ce que, produisant des intérêts, cet argent atteigne le but proposé ; mais elle doit apporter dans ces placements la plus grande prudence. Ces sommes ne lui appartiennent pas, et sa comptabilité le montre surabondamment. Outre le compte

(1) de Serbonnes, *Simple dialogue sur la théorie de la réserve.*

commun de la mutualité, elle dresse annuellement le compte particulier de chaque associé. Elle crédite ce compte de la somme reçue et le débite d'une somme égale à la prime d'une assurance d'un an pour le même capital. Le solde, c'est la *réserve*. Elle s'accroît chaque année des soldes ultérieurs ; et quand l'âge est venu où la prime viagère devient égale ou inférieure à la prime réelle pour l'assurance d'un an, ce solde créditeur diminue chaque année. N'est-ce pas là la condamnation du système de la capitalisation des primes?... Aussi les partisans de ce système refusent-ils d'envisager le côté pratique de l'opération pour disserter sur un contrat idéal, fruit de leur imagination.

Quel sera le sort de cette réserve, si, usant de son droit, l'assuré se retire de l'association, après cinq années par exemple ? Il n'a sans doute rien à réclamer pour la première portion de la prime annuellement consommée. Mais la seconde lui appartient toujours. Il peut dès lors ou l'abandonner à la compagnie comme prime unique d'une assurance nouvelle à un capital correspondant, cette opération s'appelle *réduction ;* — ou se retirer absolument de l'association, emportant le montant de sa réserve au jour du remboursement (1). On lui rend ses paiements anticipés; l'opération est un simple règlement, elle est donc fort improprement nommée le *rachat du contrat*.

19. — Mais les compagnies d'assurance n'admettent que des têtes choisies. Il faut pour s'assurer être sain de corps, subir une visite médicale. La mortalité y est donc moins fréquente que ne le laisseraient croire les tables, dressées sur un groupe

(1) La réserve des trois premières années est consacrée à faire face aux frais généraux et n'est pas rendue. En cas même de rachat après trois ans, les compagnies retiennent 15 à 20 % de la valeur de rachat pour le même motif.

d'individus quelconques à une époque où les conditions d'existence étaient moins favorables qu'aujourd'hui. La prime payée d'après ces tables est donc trop forte : l'assureur a voulu rendre partie de cet excédent aux souscripteurs.

Il eût suffi, semble-t-il, d'abaisser le tarif des primes, mais c'eût été porter atteinte à la solidité des compagnies. On a donc préféré, après avoir sur les bénéfices soldé les frais généraux, rendre une partie du reliquat aux assurés, 50 °/₀ en général. Cette combinaison porte le nom fort inexact de *participation aux bénéfices*. On y a vu l'intérêt d'un placement : c'est seulement la restitution d'un excédent de prime, la compensation équitable du taux élevé de la prime annuelle (1).

20. — Résumons brièvement cet exposé. Nous pouvons désormais considérer comme certaines les propositions suivantes :

*L'assurance sur la vie est une assurance ;*

*Elle se compose toujours d'une succession d'assurances annuelles ;*

*Le capital payé est le produit des cotisations des associés pour l'année du sinistre.*

## SECTION II.

### OPÉRATIONS DIVERSES DES COMPAGNIES D'ASSURANCES.

21. — Sous le nom d'assurances sur la vie, on range en pratique bien des opérations diverses. Toutes méritent-elles la

(1) L'impropriété du terme employé et le mode de répartition de ces restitutions au prorata des versements effectués ont beaucoup contribué à accréditer ces erreurs (Couteau, t. I, p. 189, n. 145 et suiv.).— Ces conventions accessoires au contrat sont toujours d'ailleurs réglées par la police.

Nous croyons pour notre part qu'on pourrait réduire le tarif des primes : en 1879, les indemnités payées en France se sont élevées seulement à 30 °/₀ des primes versées (*Mon. ass.* t. XII, n. 142, p. 219).

même faveur? Toutes ont-elles droit à cette qualification ? Non certes, et cette question comporte un examen sérieux.

22. — Ecartons tout d'abord la *tontine*, « genre de réunion de rentiers qui conviennent que les rentes dues aux prémourants profiteront aux survivants soit en totalité, soit jusqu'à une certaine concurrence (1) ». La mort ici n'est pas un sinistre, c'est un avantage pour les survivants. Très prônée autrefois, cette institution a perdu la faveur, et nous n'y voyons pas d'inconvénients.

23. — La *rente viagère* n'est pas non plus une assurance. Sans doute les compagnies d'assurances sur la vie en consentent, elles y trouvent leur intérêt, c'est leur droit, mais il n'y a pas là assurance. A moins qu'on y veuille voir une garantie contre le risque d'une vie trop prolongée, au cas par exemple où un homme, par suite de l'insuffisance de ses revenus, entame chaque année son capital, et prévoit la ruine et la misère si sa vie doit durer longtemps. Mais il n'y a pas là un risque, un sinistre contre lequel on puisse s'assurer. Singulier sinistre tout d'abord que la longévité ! Puis quel capital a-t-il détruit? Aucun. Sans doute, suivant que cet homme disparaisse bientôt ou qu'il survive, sa fortune ne lui aura pas rendu le même service, mais la valeur d'un bien ne se calcule pas en droit d'après son utilité relative. « C'est la valeur absolue qu'il faut prendre en considération : 100 fr. restent toujours 100 fr., que la somme soit suffisante ou non *pour l'emploi qu'on entendait en faire* (2). »

24. — Le même raisonnement va nous conduire à éliminer encore de notre sphère un autre groupe de conventions que de nombreux auteurs (3) rangent parmi les assurances véritables :

(1) Pardessus, *Dr. comm.*, t. IV, n. 970, p. 6.

(2) L. de Montluc, *Des assurances sur la vie*, p. 31.

(3) De Montluc, p. 32-35. — Troplong, *loc. cit.*, n. 168, p. 339. — Herbault. p. 21, n. 24 et suiv. — Merger, *Traité des ass. terr.*, n. 8. — Persil, *Traité des ass. terr.*, n. 292.

ce sont les assurances en cas de vie, spécialement celle d'un capital différé. C'est un contrat par lequel une compagnie s'engage à payer à un particulier un capital fixé dans un délai déterminé s'il est encore vivant alors : celui-ci, en échange, verse une prime unique ou plusieurs primes annuelles. Il veut prémunir sa vieillessse contre la misère. C'est une pensée très légitime, et nous n'attaquons pas la convention, mais seulement le nom qu'on lui donne. Pas plus que tout à l'heure nous ne trouvons ici un sinistre ni une destruction de capital.

M. de Montluc est d'un avis contraire : « Ici la continuation de la vie sur laquelle le contrat repose, c'est l'occasion d'une lourde charge pour notre patrimoine, d'un de ces tributs comme nous n'en avons à payer que dans de rares et graves circonstances de la vie : payer les frais énormes de l'éducation de nos enfants, les établir, doter une fille... voilà qui peut être raisonnablement assimilé à une perte effective pour notre patrimoine... former l'élément d'un risque ». Cette argumentation n'est que spécieuse. Ma fortune n'a pas théoriquement diminué de valeur, bien qu'insuffisante pour l'emploi que j'en veux faire. D'ailleurs ces dépenses, peu extraordinaires à parler sérieusement, ne sont pas obligatoires, si ce n'est aux yeux de la conscience. Enfin peut-on vraiment plaindre celui qui vient de doter sa fille? Est-ce donc là pour lui un malheur? Disons donc avec Alauzet (1) de notre convention : « c'est bien un contrat aléatoire de quelque côté qu'on envisage l'opération, il est tout à fait impossible d'y voir une assurance ».

25. — Les assurance en cas de décès sont donc les seules véritables assurances sur la vie ; seules elles sont de vrais contrats d'indemnité. Seules aussi elles feront l'objet de notre étude.

(1) Alauzet, *Traité gén. des ass.*, t. II, n. 477. — Quesnault, *Ass. terr.* n. 16. — Couteau, t. I, p. 202, n. 156 et suiv. — Fosse, *Th. doct.*, p. 95.

Elles se prêtent d'ailleurs à diverses combinaisons. L'assurance est temporaire ou viagère. La prime peut être unique ou annuelle. Deux têtes peuvent être assurées à la fois, le capital étant dû au dernier décès. On peut s'assurer sous une condition de survie. Enfin, et c'est là une combinaison très usuelle sous le nom d'assurance mixte, on peut contracter à la fois une assurance temporaire en cas de décès et une assurance différée en cas de vie : si dans vingt ans je suis encore vivant, je toucherai un capital déterminé ; si je meurs dans ce délai, mes héritiers en profiteront. L'opération est double, la seconde alternative seule constitue à vraiment parler une assurance.

## SECTION III.

### QUI PEUT ÊTRE BÉNÉFICIAIRE.

26. — Si la seule véritable assurance sur la vie est l'assurance en cas de décès, il en résulte que jamais celui dont la tête est assurée ne touchera le montant de l'assurance; celui qui en profitera sera ou le bénéficiaire désigné par le preneur, ou le preneur lui-même s'il a assuré à son profit la vie d'autrui.

27. — Mais l'assurance est un contrat d'indemnité, elle suppose un risque ; il faut donc que le bénéficiaire, dans les deux cas, ait intérêt à la prolongation de la vie assurée, sans quoi le contrat dégénère en gageure, en jeu ou en loterie, et comme tel, il tombe sous le coup de la loi (1). (C. civ. 1965,

(1) Blin, p. 33. — Persil, p. 2, n. 3 et suiv. — Troplong, n. 167, p. 338. — Alauzet, t. II, n. 545 et 551. — Patinot, *Rev. prat.*, t. XXVI, 26, p. 551. — De Montluc, p, 139 et suiv., ch. 6. — Pont, *Pet. contr.*, t. I, n. 587, p. 268. — *Contra*, Herbault, p. 41, n. 55. — Fosse, p. 165. — Couteau, t. I, n. 188, p. 245. — Labbé, note, Sir. 1880.1.441.

C. pén. 410.) Si le preneur qui a assuré à son profit la vie d'autrui ne subit aucun dommage par la mort de ce tiers, il n'y a pas pour lui de sinistre, il doit désirer au contraire le voir disparaître le plus tôt possible. Sans doute on peut, même à défaut d'intérêt, stipuler à son profit une rente viagère sur la tête d'autrui (art. 1971 C. c.); mais les situations sont bien différentes : la rente viagère n'est pas une assurance, la mort du tiers n'est point considérée au contrat comme un sinistre, mais uniquement comme le terme après lequel la prestation cesse d'être due au crédit-rentier. Il n'y a donc pas là de quoi fonder un raisonnement par analogie. Dans toute assurance sur la vie, le bénéficiaire doit être intéressé à la conservation de la vie assurée.

C'est ce qu'on a compris dès le principe en Angleterre : c'est ce qu'édicte le statut de la 14e année du règne de Georges III (ch. 48) connu sous le nom de *Gambling act*. Les ordonnances royales de 1787 et 1788, l'avis du conseil d'Etat en 1818 affirment en France le même principe.

Cette thèse avait été magistralement developpée en Angleterre dans l'affaire *Godsall v. Boldero*. Les créanciers de William Pitt ayant été désintéressés par le Trésor public, lord Ellenborough refusa à l'un d'eux le bénéfice d'une assurance contractée par lui sur la tête de son débiteur. Il est vrai que depuis lors la jurisprudence anglaise se montre moins rigoureuse : il suffit désormais pour valider l'assurance de l'existence d'un intérêt au jour de la stipulation (*Dalby v. India and London office. Law v. London indisputable office*). Mais si cette solution est admissible pour le droit anglais qui reconnaît les gageures, elle est inacceptable en France. Les cours de Limoges et de Paris (S. 37.2.182. S. 54.1.114) n'exigent cependant aucun intérêt.

28. — S'il faut un intérêt, comment en justifiera-t-on ? De toutes manières, répond M. de Montluc. Nous ne le pensons pas.

Le contrat d'assurance porte ici non plus sur un bien faisant partie du patrimoine, mais sur l'homme lui-même, sur son intelligence, sur ses facultés. Nul autre que lui n'a de droits sur lui-même. Il garde la libre disposition de sa personne, il est maître absolu de ses actes. Vivant, il peut se dévouer à qui lui plait. Il peut s'exploiter au profit de qu'il veut.

Et n'arguez pas contre cette affirmation du droit des créanciers. Sans doute, s'il reçoit pour ses peines un salaire, cette somme devient le gage de ses créanciers (art. 2093 C. c.); mais ce salaire est-il donc le produit nécessaire immédiat du travail ? Nullement : si l'homme, en échange de son labeur physique ou intellectuel, reçoit de l'argent, c'est qu'il a voulu s'exploiter pour lui-même, partant pour ses créanciers. Mais ceux-ci ne peuvent l'obliger à travailler, ils n'ont aucun droit sur sa personne, ils ne peuvent pas davantage en principe lui défendre de travailler gratuitement pour autrui. Comment pourraient-ils réclamer à sa place le salaire dont il n'a pas voulu ? Par l'action oblique de l'article 1166, — mais il n'a lui-même aucune action. Par l'action directe de l'article 1167, — mais la fraude ne se présume pas, et sauf le cas de fraude cette voie leur est fermée.

S'il en est ainsi de son vivant, pourquoi en serait-il autrement après sa mort ? Seul cet homme peut désigner qui, étant intéressé à sa vie, devra recueillir une indemnité à sa mort. Il a une famille à soutenir, cette famille a-t-elle droit au bénéfice de l'assurance qu'il contracte ? Non, car il a le libre arbitre, il peut manquer à son devoir. Son consentement est donc indispensable à toute assurance faite sur sa tête. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation le 14 décembre 1853 (1) : « Attendu que,

(1) D. 1854.1.368. Voir Labbé, S. 1880.1.441. Les législations étrangères exigent un intérêt ou ce consentement: C. com. Hollandais, art. 302. — Loi du canton de Zurich, art. 1756. — Code Prussien, art. 1971. — C. com. Hongrois, art. 499. — Loi belge du 11 juillet 1874, art. 41.

s'il est de l'essence du contrat d'assurance que les tiers aient un intérêt à la conservation de la vie de la personne assurée, cet intérêt était prouvé au procès... par le consentement de Ch. dont la vie était assurée ». Rien n'est plus logique. Aux yeux de tous, l'intérêt du bénéficiaire au contrat résultera de ce consentement.

Mais la fraude est possible : le consentement d'un homme à une assurance faite sur sa tête prouve seulement un accord entre lui et le souscripteur. — Sans doute, mais la fraude n'est-t-elle pas possible dans tous les contrats ? Assez rarement d'ailleurs, le tiers assuré se prêterait à une opération frauduleuse. Puis notre présomption admet la preuve contraire : prouvez la fraude et le contrat est annulé. Ce sera difficile peut-être, mais non impossible : le preneur pourrait par exemple avouer lui-même son manque absolu d'intérêt à la vie de l'assuré.

C'est là d'ailleurs surtout une discussion de principes. Les compagnies ne peuvent pas consentir un contrat de cette sorte sur la tête d'autrui sans demander à ce tiers son consentement, et il y a peu de chance que son acquiescement soit frauduleux.

29. — Mais ce consentement a été donné, celui dont la vie est assurée le peut-il retirer ? Oui certainement, et il fera ainsi tomber l'assurance consentie au souscripteur. De même un preneur assurant sa tête au profit d'un tiers peut changer de bénéficiaire. Mais n'est-ce pas une injustice, ne sont-ils pas liés vis-à-vis du premier bénéficiaire désigné ? Nullement : ils avaient seulement certifié par ce consentement ou cette désignation que le tiers était intéressé à leur vie. Ils ne lui avaient pas reconnu de droit sur le capital formé par leurs facultés. Si ce droit existait en effet plein et entier, ce serait le *nexum* romain. Or, aboli par la loi Petilia à Rome, il n'a certes pas reparu dans nos codes (1). Quoique envisagé comme capital, l'homme n'en

(1) Voir au contraire, les articles 1142, 1780, 2063 C. civ.

reste pas moins nécessairement libre, il est le maître absolu de se consacrer à quelqu'un, mais aussi de retirer la valeur qu'il représente d'un patrimoine quelconque, sans devoir d'ailleurs de dommages-intérêts. Il n'était soumis à aucune obligation : l'article 1142 C. c. est donc inapplicable. L'article 1382 ne l'est pas moins : il n'y a pas eu dommage causé au bénéficiaire (1). L'intérêt que ce dernier avait à l'existence de la personne assurée n'existe plus, il n'a plus droit à toucher d'indemnité à son décès. Il n'est plus tenu vis-à-vis de la compagnie pour l'avenir. Quant aux primes déjà payées, la réserve lui sera rendue ; et le surplus consommé, s'il ne le reprend pas, a du moins produit son effet, puisque, pendant le temps où la mort de l'assuré eût été pour lui une perte, ces primes lui garantissaient en ce cas le paiement d'une indemnité.

Je puis donc, que ma vie soit assurée au profit d'un tiers par moi ou par lui-même, faire tomber le contrat par ma seule volonté, ce bénéficiaire fût-il mon créancier. Seulement alors l'article 1188 C. c. s'applique : j'ai diminué par mon fait les sûretés attachées à sa créance, ma dette devient exigible.

Mais, et il est fort important d'affirmer ce principe, la personne dont la vie est assurée a toujours le droit de faire tomber le contrat. Le consentement de l'assuré prouve l'intérêt du bénéficiaire et valide l'assurance : cet assuré doit pouvoir toujours retirer son consentement : seul il est juge de l'intérêt du bénéficiaire, il ne peut s'engager irrévocablement vis-à-vis de lui (2). Sans doute, si, comme le veut la jurisprudence, on doit

(1) Sauf si mon retrait de consentement survient au cours d'une année après le paiement de la prime fait par le tiers bénéficiaire. Il faudrait alors lui rendre la valeur de rachat et la portion de prime correspondant à la période de l'année qui reste à courir.

(2) Pellerin, *Rev. not.*, année 1883, p. 183. — *Contra*, Couteau, t. II, n. 455, p. 323.

voir dans notre opération une véritable donation, nous aurions toujours la ressource de l'article 955 C. c. — Mais les cas de révocation sont étroitement limités, ce serait d'ailleurs un moyen bien peu efficace dans une situation changeant absolument la nature du contrat, car le bénéficiaire, n'étant plus intéressé à la vie de l'assuré, a tout à gagner à sa mort.

30. — Rappelons-nous notre axiome fondamental : l'assurance pour la vie entière est une succession de contrats ayant une existence propre, mais précaire, puisqu'elle dépend du paiement annuel de la prime et de la volonté persistante de l'assuré. Il n'y a donc pas à distinguer dans l'assurance le bénéficiaire primitif d'un cessionnaire. Je retire mon consentement au premier et le donne au second, ce dernier prend la place de l'autre : seule mon approbation peut vivifier le contrat (1). — Et ne dites pas que si je puis changer ainsi le bénéficiaire de l'assurance, c'est que je suis titulaire du droit, et que ceux désignés par moi tiendront leurs droits non du contrat mais de moi-même. Je ne fais pas une attribution de bénéfice. Si je désigne un nouveau bénéficiaire, je ne cède pas la créance contenue dans l'assurance, j'anéantis le contrat primitif et le remplace par un autre. — Mais si le premier contrat tombe, les primes ont été indûment perçues. Nullement, car l'assurance a valu pour le premier bénéficiaire jusqu'à mon retrait de consentement : la compagnie a couru les risques, elle a donc le droit de conserver les primes.

Que reçoit le nouveau titulaire ? Deux choses : 1° un droit éventuel au capital assuré si je meurs dans l'année ; 2° le droit, si c'est lui qui paie les primes, de renouveler à la fin de l'exercice *de plano* l'assurance, moyennant le versement de la prime

(1) Mon consentement serait encore nécessaire pour le transport de l'assurance par le bénéficiaire. (Statuts de la Cie *la France* en 1880.)

uniformisée. Le bénéficiaire initial aurait eu exactement les même privilèges.

31. — Mais si j'avais acquis le droit à l'assurance moyennant une prime unique, ou si, lors de la cession, la réserve accrue de la participation aux bénéfices suffit, indépendamment de tout versement annuel, à entretenir mon droit, le bénéficiaire n'a-t-il pas, non plus une créance conditionnelle, mais une créance terme contre la compagnie? Non, le droit est toujours conditionnel. Je puis retirer mon consentement. Le bénéficiaire, dans un pressant besoin d'argent, peut reprendre le montant de sa réserve. Ma mort n'arrivera donc pas encore nécessairement dans une période couverte par l'assurance. Survînt-elle même dans ce temps, que l'indemnité ne serait pas encore nécessairement payée. Il est entre les parties de convention expresse qu'en cas d'aggravation volontaire des risques : suicide, duel, etc., qu'en cas de guerre même, le capital ne sera pas payé par l'assureur (1).

(1) Paris, 30 nov. 75 D. 77.2.132, et Req. 3 août 76. S. 77.1.25. — Trib. civ. Seine, 1er avr. et 12 mai 76, 21 nov. 78. Molineau, *Jur. des ass.*, n. 78 et 82. — Paris, 27 juill. 78, et Cass., 11 juill. 79, D. 80.1.126. Les compagnies étrangères ne sont pas admises en France à assurer contre le suicide. Trib. civil Seine, 7 mars 62. Couteau, t. II, p. 244.

## CHAPITRE III.

### NATURE JURIDIQUE DE L'ASSURANCE.

32. — Le Code civil ne traite pas expressement de l'assurance sur la vie, mais l'article 1134, combiné avec l'article 6, autorise tous les contrats non contraires aux lois et aux bonnes mœurs, le nôtre est donc licite. Voyons quelle est sa nature juridique.

33. — Aux yeux de bon nombre d'auteurs sérieux, aux yeux des tribunaux, cette convention est un prêt, un placement aléatoire, le capital y est formé par l'accumulation des primes. Certains praticiens d'ailleurs, dans l'idée louable de vulgariser l'opération, ont accredité cette erreur (1). Les jurisconsultes suivent. M. Leveillé (2) verra dans l'assurance « un placement aléatoire... une variété du *mutuum* (prêt à intérêt). Le capital assuré représente pour une partie un capital restitué (les primes), pour une partie une prime de remboursement. Les compagnies d'assurances sur la vie... peuvent bien avoir passé des emprunts sans s'en douter, comme un personnage de Molière faisait de la prose sans le savoir. »

Moins rigoureuse, sans être plus exacte, une seconde opinion donne au contrat une nature double : placement et assurance : « Le contrat d'assurance est un mélange de capitalisation et de stipulation aléatoire (3) ». Les auteurs qui la défendent consi-

(1) Alauzet, t. II, n. 533. — Reboul, *Assurances sur la vie*, ch. 8.

(2) Cité par Couteau, t. I, p. 219, n. 170.

(3) Labbé, S. 77.1.393. — *Sic*, S. 1880.1.441. — Troplong, *loc. cit.*, p. 341, n. 169. — Fosse, p. 116 et suiv. — Sénès, *Mon. des ass.*, 72-73, *Théorie juridique des assurances sur la vie.*

dèrent toujours le cas d'une assurance pour la vie entière acquise au moyen d'une prime unique. Même sur ce terrain, on peut leur faire de sérieuses objections. S'il y a deux contrats juxtaposés dans l'opération, on devrait pouvoir la dédoubler, et choisir entre les deux alternatives. D'ailleurs, l'examen des livres des compagnies ne nous montrent pas trace d'un contrat de prêt. Enfin et surtout si, au lieu, d'une prime unique, le souscripteur paie des primes annuelles ; s'il contracte une assurance non plus sur la vie entière, mais pour un laps de temps fixé : de l'aveu même de M. Sénès, un de nos adversaires, au premier cas, « ce n'est plus un prêt proprement dit, c'est une promesse de prêter » ; au second, la convention « se réduit au contrat d'assurance ». Cela nous suffit, puisque l'assurance vie entière n'est qu'une succession d'assurances temporaires d'un an.

L'idée de capitalisation est inacceptable. La pratique des compagnies nous a montré la consommation annuelle des primes, la liquidation annuelle du budget de la mutualité. Le procédé de capitalisation ne serait possible avec le taux annuel des primes qu'à la condition d'obliger tous les assurés à verser leur apport durant toute leur vie (1). Or le *paiement des primes est facultatif.* Il devait l'être, et cette obligation n'existât-elle pas, cette convention est expresse dans la police, elle doit donc s'appliquer. Le capital indemnité provient non de l'accumulation des primes versées par l'assuré, mais d'un prélèvement opéré sur l'ensemble des cotisations de la mutualité pour cette année-là.

34. — Pour nous l'assurance sur la vie est une assurance, c'est

(1) C'est bien ce que prétendent nos adversaires. M. Levillain écrit (D. 79, 2, 25) : Si le bénéficiaire « devient créancier direct de l'assurance pour le montant du capital de l'assurance, il deviendra aussi son débiteur personnel pour ce qui est du paiement des primes, et si l'assuré ne les paie pas, il pourra être actionné par la compagnie qui lui en réclamera l'acquittement

un contrat d'indemnité (1). Nous trouvons en effet un *risque*, une *indemnité*, une *association*. Nous avons déjà exposé ces points, nous n'y reviendrons pas. Elucidons seulement quelques difficultés sur la matière.

35. — Quel est l'objet du contrat ? Pour MM. Herbault et Couteau (2), « le véritable objet du contrat d'assurance en cas de décès, c'est de garantir contre le risque d'une mort prématurée la formation d'un capital voulu ». Ils en concluent que le bénéficiaire du contrat peut n'être pas intéressé à l'existence de l'assuré. Si cette conséquence est exacte, je renonce à faire de l'assurance sur la vie un contrat d'indemnité, car qui dit indemnité dit nécessairement intérêt lésé.

Mais cette théorie mérite un plus grave reproche. Si la valeur assurée est celle de l'épargne future et probable de l'assuré, il faut admettre, avec M. Couteau, Perrette à faire assurer, outre son lait, tout le profit espéré : les œufs, la poule et toute la couvée ; et conclure avec M. de Montluc (p. 148) que « de simples expectatives, jointes à des titres actuellement existants, forment un intérêt suffisant pour fonder une assurance ». — Cette conclusion me semble inadmissible, en droit français du moins. L'article 347 C. comm., restreignant sévèrement la matière assurable contre les risques de la mer, nous montre les sentiments du législateur sur ce point. Nous n'avons pas le droit de prendre exactement le contre-pied de cette formule en matière d'assurance sur la vie, et nous ne dirons pas avec M. Labbé (S. 80.1.441) : « Pourquoi couper les ailes à un principe par le seul motif que le législateur n'a pas prévu tout l'espace qu'il pourrait embrasser dans son envergure ? »

(1) *Sic*, Troplong, *Contr. aléat.*, p. 332, n. 154. — Puech, *Disc. à Agen.* — Pont, *Pet. cont.*, n. 587, p. 268. — De Montluc, p. 65. — Herbault, p. 39. — Blin, p. 2 et 20. — Couteau, t. I, p. 242, n. 187 et suiv. — De Courcy, *Précis*, p. IX. — Vermot, *Catéchisme*, p. 10.

(2) Herbault, p. 39, n. 54. — Couteau, t. I, n. 188, p. 243.

M. Couteau argumente en sa faveur de l'article 1149 C. c., cet article lui est tout contraire. Tout d'abord il est spécial au cas où l'inexécution d'une obligation de la part d'un promettant a causé un préjudice à son cocontractant: l'auteur le généralise à tort. — Or, dans ce cas tout favorable au stipulant, si l'article 1149 lui permet de demander des dommages-intérêts même pour le bénéfice manqué, du moins l'article 1150 en limite-t-il le taux à ceux « qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat ». — S'il en est ainsi dans cette situation spéciale, la faveur sera moins grande dans l'assurance où le dommage ne provient pas de l'inexécution du contrat par l'assureur. Un propriétaire d'immeubles bâtis assurerait-il le bénéfice espéré d'une spéculation sur ses maisons? C'est inadmissible. D'une manière générale, on n'assure que les valeurs existantes.

Si l'on admet la théorie de M. Couteau, on se heurte à l'objection suivante: l'assuré meurt-il infirme, incapable de travail, ou c'était un prodigue dissipateur, le capital n'en sera pas moins versé au bénéficiaire. Constitue-t-il alors une indemnité? La mort de l'assuré n'est-elle pas au contraire, pécuniairement parlant, un bienfait pour la famille? Cette affirmation est inexacte, l'assurance même en ce cas reste contrat d'indemnité, mais le système que nous combattons doit être rejeté.

Pour nous l'homme est un capital. Il augmente ce capital par le développement de ses facultés; de là nait la différence de valeur entre les divers individus. Si je tue un homme par accident, je suis condamné à indemniser sa famille. Comment calcule-t-on cette indemnité? Est-elle la valeur représentative des épargnes futures et possibles de l'assuré? Non, je dois fournir l'équivalent du capital constitué par la victime. L'assurance sur la vie joue le même rôle, elle rend aux intéressés l'équivalent du capital détruit par la mort, de l'homme lui-même, au jour où cesse son exploitation.

L'objection présentée plus haut tombe désormais. Qu'importe que l'homme n'épargne ni ne travaille, le capital qu'il représente n'en existe pas moins; pour n'être pas exploité, il n'en est pas moins exploitable, il est *in potentia* s'il n'est pas *in actu*. Si l'homme meurt, il y a destruction de valeur, il y avait donc matière assurable. N'en serait-il pas de même dans l'assurance contre l'incendie ? Une maison ne peut-elle pas être assurée parce que, n'étant pas louée, elle coûte à son propriétaire au lieu de lui rapporter, et qu'il gagnerait en ces conditions à la voir brûler ? Les situations sont identiques.

Passons, dira-t-on ; mais si l'assuré est un vieillard, un infirme, un fou, sa mort ne détruit pas un capital. Erreur profonde. L'impossibilité de l'exploitation peut n'être que temporaire, il y a paralysie du capital, non anéantissement. Dans certaines circonstances (guerre, épidémie), une maison peut cesser temporairement d'être habile à produire des bénéfices : l'assurance contre l'incendie ne tombe pas *ipso facto*, l'obstacle peut disparaître et l'exploitation redevenir possible. Il en est de même de l'assuré qui peut revenir à la santé. Puis ne peut-on pas dire que pour cet homme, bien portant au jour du contrat, la visite médicale en fait foi, l'infirmité, la folie, la décrépitude sont les premières atteintes de la mort ? Concluons donc : lorsqu'un homme meurt, un capital est toujours détruit, et c'est ce capital que remplace la somme versée par la compagnie.

Qui fixera le quantum du dommage, le montant de l'indemnité ? La convention des parties traitant de bonne foi, elle fera par avance l'estimation que font souvent nos tribunaux après décès. Sans doute cette évaluation ne sera pas rigoureusement exacte, mais il en est de même de toute estimation, et d'ailleurs elle sera suffisamment voisine de la vérité, les intérêts des parties en sont un sûr garant.

36. — L'assurance sur la vie est donc un contrat innommé au sens latin du mot : il est consensuel, à titre onéreux, du bonne foi, conditionnel, aléatoire et unilatéral.

C'est un contrat innommé, consensuel et de bonne foi, il lui faut appliquer les règles générales du Code en ces matières (C. c. liv. III, tit. III, ch. 1, 2, 3. La convention y doit être la loi des parties (art. 1134 et 1135), mais elle doit être exempte de toute fraude (1).

Il est conditionnel sous condition suspensive (art. 1168 et 1181 C. civ.). Il est aléatoire, non pas en économie politique puisqu'au contraire il combat l'aléa, mais en droit, car chaque partie peut gagner ou perdre. Cette contradiction apparente a été magistralement expliquée et commentée par M. Adan dans son livre *De la nature du contrat d'assurance sur la vie.*

Il est unilatéral. Sans doute chaque partie a bien pris un engagement, c'est la convention de s'assurer, convention certainement synallagmatique. Mais le contrat n'est formé que par le paiement de la prime, et dès lors il y a obligation unilatérale; n'en est-il pas de même au cas de prêt? Il ne faut pas confondre les contrats synallagmatiques et les contrats à titre onéreux.

(1) Toute réticence volontaire annule le contrat. (Rouen, 21 janv. 76, D. 77. 2.126. — Rouen, 7 mai 77. Paris, 5 juill. 78 et 7 janv. 79, S. 80.2.225. — Paris, 12 févr. 78. D. 78.2.58 — Paris, 17 févr. 81 et 19 avr. 82. S. 1883.2.25.2.138. — Req. 18 janv. 81. S. 83.1.57. — M. Labbé (notes S. 80.2.225, et 83.1.57 et 2, 25) fait une théorie des réticences basée sur l'art. 348, C. com. S'il y a fraude ou nullité substantielle, le contrat tombe. S'il y a erreur involontaire sur l'étendue du risque, il faut rectifier le contrat; Peu importe à ce point de vue que l'assuré soit mort ou non de la maladie dissimulée. (*Contrà*, presque tous les auteurs.)

Si le contrat est annulé, la compagnie devrait en principe rendre les primes (*Contrà*, Paris, 12 févr 78), car elle n'a jamais couru de risques, la convention étant rétroactivement résolue. Mais la volonté des parties constatée par la police doit être respectée.

« Un contrat peut être fait dans l'intérêt des deux parties sans qu'il donne naissance à deux obligations, exemple : le prêt à intérêt (1). »

(1) Colmet de Santerre, *Cours de droit civil*, t. V, p. 9, n. 7 *bis*. — Laurent, t. I, n. 431, 436. — Pour notre cas spécial : de Courcy, *Assurances et droits de mutation*, p. 17, note. — Vermot, *Mon. Ass.*, t. XI, n. 126, p. 78. — *Contrà*, Couteau, t. I, p. 271, n. 215. — Herbault, p. 42, n. 56.

## DEUXIÈME PARTIE

### L'ASSURANCE SUR LA VIE DANS LE MARIAGE

37. — Nous ne serons pas taxés d'exagération en disant que le mariage est le véritable champ d'action de l'assurance sur la vie. C'est là un contrat d'indemnité : si donc il est rare qu'un homme seul, sans affection ni famille, grève chaque année son revenu pour des héritiers presque inconnus de lui, l'opération doit être au contraire fréquente chez l'homme marié, père de famille, soucieux de garantir contre les coups de la fortune adverse sa veuve et ses enfants.

38. — Nous diviserons cette deuxième partie en quatre chapitres :

*I. — Capacité requise pour contracter une assurance ou en toucher le bénéfice.*

*II. — En faveur de qui un époux peut-il assurer sa vie?*

*III. — Qui peut réclamer contre la souscription du contrat?*

*IV. — Aperçu de la législation fiscale.*

## CHAPITRE PREMIER.

### CAPACITÉ REQUISE POUR ÊTRE SOUSCRIPTEUR OU BÉNÉFICIAIRE.

39. — Pour tout contrat en droit français, la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Toute personne peut donc en principe contracter une assurance. Les incapables, reconnus comme tels en général, le pourront-ils faire ? Nous allons le voir en examinant les cas qui peuvent toucher surtout à notre sujet spécial. Mais la solution de presque toutes les difficultés dépendra de la réponse faite à cette question : l'assurance est-elle un acte d'administration ?

Nous avons déjà fait connaître notre façon de penser. Le souscripteur n'est jamais tenu que pour un an, il n'a pas engagé sa liberté pour une longue période, c'est bien un acte d'administration.

40. — Pas de difficulté donc en ce qui concerne le mari dont le mariage n'entrave nullement la liberté de contracter. Emancipé par le fait même (art. 476, C. c.), s'il s'est marié encore mineur, il pourra à lui seul souscrire valablement une assurance sur la vie à primes annuelles, sauf s'il y a exagération telle de la prime qu'il se trouve réduit à une situation misérable (art. 484). On lui a dénié ce droit cependant. « Nous n'admettons pas, dit M. Herbault (1), que le mineur émancipé puisse seul, sans l'assistance de son curateur, aliéner ses revenus pour un long temps, encore moins pour un temps indéfini, *in infi-*

(1) Herbault, n° 100, p. 81. — *Sic*, Fosse, p. 135.

*nitum*. » Mais cette objection tombe dès qu'on ne voit plus dans l'assurance sur la vie entière qu'une succession d'assurances temporaires d'un an. *A fortiori* en peut-il contracter une s'il est majeur. Il peut faire assurer sur la tête de sa femme, et avec le consentement de cette dernière, le remboursement de la dot qu'il en a reçue. Responsable vis-à-vis d'elle et de ses héritiers, il peut prendre ses précautions (1). Il peut assurer sa propre vie au profit de qui il veut ; et étant déclaré par un tiers bénéficiaire d'une assurance, il est seul juge de l'acceptation ou du refus à présenter.

41. — Mais en est-il de même de la femme? Nullement. Non que l'engagement excède les limites d'un acte d'administration, mais la femme est mise par le mariage dans un état de dépendance : sa capacité est singulièrement réduite (art. 217, C. c.). Cet article, si absolus qu'en soient les termes, règle le *plerumque fit*, et doit être combiné avec les articles 1449, 1538 et 1576 C. c. Une femme, séparée de biens ou dotale ayant des paraphernaux, peut contracter une assurance sur la vie en prenant la prime sur ses revenus (2). Elle n'a pas, a-t-on dit, la libre disposition de ses revenus à échoir. Qu'importe, elle n'est jamais tenue que pour un an.

Mais la femme commune ne peut aliener sans le concours de son mari, il le lui faut dans l'assurance, puisqu'elle dispose du montant des primes (3). Cependant un jugement du tribunal de Poitiers du 8 décembre 1874 valide, nonobstant l'autorisa-

(1) De Montluc, p. 192. — Merger, n° 93. — *Contrà*, Alauzet, n° 556.

(2) De Montluc, p. 163. — Patinot, *Rev. prat.*, t. XXVI, p. 548. — *Contrà*, Herbault, p. 87, n° 108. — La femme séparée de biens peut bien placer ses capitaux en rente viagère, Laurent, t. 21, § 298, p. 310. — Aubry et Rau, t. V, p. 404, § 516, note 59.

(3) A Québec et aux États-Unis, une femme mariée peut s'assurer sans autorisation maritale.

tion maritale, l'assurance faite par une femme mariée sous le régime de communauté réduite aux acquêts, et décide qu'elle a agi pour la communauté. Si c'est là un exposé de principes, il contient une double erreur. La femme ne peut pas contracter sans son mari; mais une fois habilitée par là même, elle peut désigner librement le bénéficiaire du contrat : elle est vis-à-vis de lui un gérant d'affaires, nous le verrons bientôt. Nous déciderons par analogie de l'article 1990 C. c. qu'elle peut l'être sans l'autorisation de son mari.

Dans tous les cas, la femme peut renoncer à l'assurance ou retirer son consentement.

Une femme mariée est bénéficiaire d'une assurance contractée par un tiers, pourra-t-elle toucher le montant de l'indemnité malgré son mari ? La Cour de Paris et la Cour de cassation (19 avr. 76 et 19 janv. 79, D. 79, 1, 76) ne l'ont pas pensé en raison surtout « de l'article 934 C. c. qui, pour des raisons de haute morale, interdit à la femme mariée d'accepter les libéralités qui lui sont faites sans l'autorisation de son mari ou celle de justice ». Nous sommes du même avis : le mari est libre d'apprécier le degré et le genre d'intérêt qu'a sa femme à l'existence d'un tiers (Cfr. art. 217 et 776 C. c.).

42. — Un des deux époux tombe en faillite, peut-il encore contracter une assurance? Cela est évident s'il obtient un concordat, et la jurisprudence lui en a reconnu le droit, même au cas d'union. Seulement, d'après elle, le capital n'appartient au bénéficiaire désigné que si les primes ont été payées par lui, ou prises par le failli sur les arrérages d'une rente insaisissable (Agen, 23 nov. 80, D. 82. 2. 221). Pour nous, nous permettrions au failli de prendre le prix des primes sur le produit de son travail et de disposer librement du contrat, en réservant toujours cependant le cas de fraude.

43. — Mais il y a dans la loi des incapacités spéciales aux enfants naturels. Examinons ce cas.

Un époux peut-il assurer sa vie au profit d'un enfant naturel reconnu ? Evidemment oui, mais les termes généraux de l'article 908 C. c. nous obligent à dire qu'il ne pourra pas se dépouiller par là au delà de la part déterminée par le Code. Bien plus, si l'enfant naturel a été reconnu durant le mariage, cette reconnaissance ne pourra pas nuire à l'autre époux ou aux enfants issus du mariage (art. 337). Si donc l'époux qui le reconnaît n'a pas de revenus dont il puisse librement disposer, ce qui arrive pour la femme non séparée de biens ou n'ayant pas de paraphernaux sous le régime dotal, les primes payées pour l'enfant naturel pourront être réclamées.

Pourrait-on de la part d'un des parents assurer sa vie au profit d'un enfant et lui donner en dot ce bénéfice éventuel ? Oui, quoique ce soit là une créance bien fragile aux mains de l'enfant, et que, malgré les règles spéciales à la constitution de dot, un simple changement de volonté du disposant puisse la faire tomber. Aussi la justice n'autoriserait-elle pas une femme dotale à prendre dans ce but sur ses biens dotaux la valeur des primes en faveur d'un enfant du premier lit (art. 1555, 1556 C. c.).

## CHAPITRE II

### EN FAVEUR DE QUI UN ÉPOUX PEUT-IL ASSURER SA VIE?

44. — L'époux peut gratifier qui il veut du bénéfice de l'assurance : sa succession, un tiers quelconque, son conjoint, ses enfants, etc. Nous verrons ces divers cas, mais rappelons avant tout ce grand principe que *jamais le capital assuré n'est le produit des primes*, mais la valeur représentative de la vie assurée; qu'en conséquence celui-là seul y a droit, non qui a payé les primes, mais qui est déclaré bénéficiaire par la tête assurée. La volonté du stipulant doit faire loi (1).

Il importe peu en général de distinguer si l assurance est antérieure ou postérieure au mariage. C'est une succession de contrats annuels, et elle ne serait donc véritablement antérieure au mariage qu'au cas où l'union serait dissoute avant l'expiration de l'année couverte par la dernière assurance contractée avant sa célébration. Nous parlerons toujours du mari; les mêmes principes seraient d'ordinaire, *mutatis mutandis*, applicables à la femme.

(1) Nous ne saurions donc nous associer à un arrêt de Rouen, du 20 juin 1868 (D. 69.2.120). Un homme marié meurt laissant à un cessionnaire le bénéfice d'une assurance sur la vie. Sa veuve, donataire universelle par contrat de mariage de tous les biens laissés par son mari mort, réclama le capital assuré et l'obtint. — Le mari avait cependant formellement indiqué quel était l'intéressé à la prolongation de sa vie, et il n'avaft pu concéder à sa femme de droit irrévocable sur sa personne.

## SECTION I

### L'ASSURANCE EST CONTRACTÉE A L'ORDRE DU SOUSCRIPTEUR.

45. — Cette hypothèse est très simple : ici tout le monde est d'accord. Le preneur, stipulant « à son ordre », a voulu gratifier sa succession (art. 1122 C. c.). Son décès étant la condition première du paiement, il ne donnera pas l'ordre de payer ; ce sera son représentant, héritier ou époux commun, agissant, non en vertu d'un droit propre, mais le premier comme continuateur de sa personne, et seulement au cas où il a accepté la succession : *hæreditas sustinet personam defuncti;* le second au nom de la communauté.

L'époux stipulant est-il marié sous le régime dotal, sous celui d'exclusion de communauté ou de séparation de biens, le bénéfice promis à son ordre avant ou pendant le mariage appartient à sa succession. Il en serait de même du bénéfice d'une assurance antérieure à mariage si la communauté est réduite aux acquêts (art. 1498), ou si l'on exclut les biens meubles (art. 1500). Mais sous le régime de la communauté légale, l'assurance contractée par un des conjoints à son ordre, avant ou après mariage, faisant entrer dans son patrimoine un droit éventuel au capital assuré, ce droit, en tant que bien meuble, tombera dans la communauté (art. 1401). Il en sera de même, si le contrat est postérieur au mariage, pour la société d'acquêts (1498), fût-elle jointe au régime dotal (art. 1581).

Cette clause à ordre est rarement seule exprimée, mais elle est toujours sous-entendue après la désignation d'un bénéficiaire, car le preneur veut toujours que l'assurance produise son effet à l'égard de quelqu'un. Le bénéficiaire fait-il défaut, l'assurance au profit d'autrui est subsidiairement convertie en une assurance au profit du stipulant et de sa succession (1).

(1) Labbé, S. 80.1.441. — Colmet de Santerre, t. V, p. 42, n. 33 *bis* VII

46. — Parfois, dans ce cas, elle est exprimée. Cette clause porte-t-elle atteinte aux droits du bénéficiaire désigné en première ligne? Un arrêt de cassation (1) l'affirme : « Attendu que..... L... *s'étant réservé la faculté de disposer jusqu'à son décès des capitaux assurés,* cette stipulation constituait à son profit une obligation ferme qui a fait partie de son patrimoine et est entrée dans l'actif héréditaire de sa succession ; que les bénéficiaires par lui désignés à son défaut, *alors même qu'ils pourraient être considérés comme des personnes déterminées,* n'ont rien acquis de son vivant... » C'était là une affirmation nouvelle en jurisprudence, l'annotateur de Dalloz s'en étonnait (2). D'ailleurs la cour de renvoi (Besançon, 14 mars 1883, D. 83.2.129) n'a pas suivi la Cour de cassation sur ce terrain. C'était autoriser dans tous les cas les créanciers du souscripteur à se faire payer sur le capital assuré au détriment du bénéficiaire.

Que cette théorie soit vraie ou fausse dans le système de la jurisprudence, peu nous importe, elle est inacceptable si l'on voit dans l'assurance un contrat d'indemnité. Il y a consentement du preneur à l'assurance au profit du bénéficiaire, celui-ci est intéressé à sa vie et a droit à l'indemnité jusqu'au jour où, usant de la faculté qui lui appartient toujours et qui est ici exprimée, le preneur révoque son consentement.

(1) 10 fév. 1880, D. 80.1.169. La Cour de Nîmes semble aussi l'admettre (25 fév. 80, D. 80.2.181). — *Contra*, Méline, *Rev. not.* 1873, p. 407.

(2) « L'objection, en refusant dans tous les cas au tiers un droit propre et privatif dès le jour du contrat, ne va à rien moins qu'à détruire la distinction inaugurée par l'arrêt du 15 décembre 1873, et à mettre en doute les principes qui servent de base à la jurisprudence en cette matière. » Sont-ils donc indiscutables, ces principes?

C'est qu'en effet on n'avait jusqu'ici annulé des attributions avec la clause « à ordre » subsidiairement exprimée, que lorsque les bénéficiaires étaient insuffisamment désignés (Dijon, 3 avr. 74, D. 78.2.18 ; Req. 20 décembre 76. D. 77.1.504), ou quand l'intention libérale du disposant n'était pas assez explicite (Poitiers, 17 août 75, D. 76.2.181, et Civ. rej. 12 févr. 77, D. 77.1.342).

## SECTION II

### L'ASSURANCE EST FAITE AU PROFIT D'UN TIERS DÉTERMINÉ.

47. — L'époux, s'il peut stipuler pour sa succession, peut aussi assurer sa vie spécialement au profit d'un tiers. Mais, en disant cela, n'allons-nous pas directement contre la règle : *Nemo alteristipulari potest*, devenue l'article 1119 C. c. ? « La stipulation faite en son propre nom dans l'intérêt d'un tiers est nulle, dit M. Mourlon, parce que l'action sans laquelle l'obligation ne peut exister se trouve là où n'est point l'intérêt, et que l'intérêt est là où elle n'existe pas. » Devons-nous faire à notre contrat l'application de l'article 1119 ?

48. — Nos tribunaux, convaincus de la moralité et de l'utilité de l'assurance sur la vie, ont voulu la faire échapper aux rigueurs de cet article. Ils ont argumenté d'abord de l'analogie du contrat avec la rente viagère et de l'article 1973 C. c. « De même que je puis, disait à la Cour de Lyon l'avocat général Onofrio (Lyon 2 juin 63, S. 63.2.202), en payant immédiatement un capital, assurer à un tiers le paiement d'une rente viagère après mon décès, de même je puis, en payant une prime pendant ma vie, assurer après mon décès le paiement d'un capital à un tiers. Il y a là un acte plus complexe que le premier, il y a un contrat à titre onéreux entre la compagnie et moi, il y a de plus une libéralité de ma part envers le tiers bénéficiaire. Le contrat onéreux et la libéralité ne sont-ils pas également licites ? »

Ce principe, que l'article 1973 C. c. édicte pour la matière spéciale de la rente viagère, devient avec l'article 1121 une règle générale. Cet article valide la stipulation pour autrui quand elle est la condition d'un contrat que l'on fait pour soi-même. Or, dans l'assurance sur la vie, nous relevons deux opérations distinctes : il y a un contrat passé entre le souscripteur et la compagnie,

contrat valable à titre onéreux, puis à côté de ce contrat s'accole une stipulation au profit d'un tiers, soumise, quant au fond, aux règles des donations, et quant à la forme à celle des actes qu'elle constitue en droit. La convention entière est bien valable (1). L'article 1973 cité plus haut n'est qu'une application de cette théorie. On valide la constitution d'une rente viagère au profit d'un tiers, parce que c'est la condition d'un contrat fait pour soi-même. Il faut nécessairement étendre cette règle à l'assurance sur la vie, convention toute de prévoyance et de désintéressement. Il faut appliquer l'article 1121.

49. — « On pourrait en douter, dit cependant un partisan du système, car l'obligation de l'assureur de payer une somme de.. à un tiers désigné n'est pas une condition sous laquelle le stipulant contracte : elle est véritablement la cause de son obligation. Mais l'article 1121 ne doit pas être interprété si rigoureusement (2). » Et oui, on pourrait en douter, nous sommes même convaincu du contraire L'article 1121 valide la stipulation pour autrui accessoire à une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Pourquoi? Parce que, dans ces hypothèses, le stipulant a une action pour forcer le promettant à s'exécuter : l'action née du contrat au premier cas, l'action en révocation de la donation pour inexécution des charges au second. Or l'assurance au profit d'un tiers ne rentre ni dans l'un ni dans l'autre.

Nul d'abord n'a osé soutenir qu'il y eut application de l'article 1121 en vertu d'une donation faite à la compagnie par le stipulant, car l'intention libérale n'existe pas chez les parties, et les

(1) Blin, p. 39, 42, 48. — Descoutures sur Paris, 5 avr. 67, S. 67.2.249. — Dumon sur Cass., 10 nov. 74, S. 75.1.107. — Larombière, *Oblig.*, t. I, art. 1121 n. 5. — Herbault, p. 183, n. 209. — De Caqueray, *Rev. prat.*, t. XVI. — Ruben de Couder, *Dict. des ass. sur la vie*, n. 81-86.

(2) Patinot, *Rev. pratique*, t. XXVII, p. 42.

conséquences de la théorie (révocation du versement des primes pour ingratitude ! ou pour survenance d'enfants !) seraient trop absurdes.

Mais on dit : dans notre contrat nous trouvons deux conventions étroitement liées. La convention accessoire à titre gratuit vaut comme étant la condition de la principale, le stipulant acquiert donc bien dans tous les cas une action contre la compagnie, c'est le cas de l'article 1121. — Mais pas du tout. L'article 1121 ne prévoit qu'une seule disposition, la stipulation pour autrui dans ce cas fait corps (*inhæret*) avec la stipulation pour soi-même, c'est précisément pour cela qu'on la valide. Le promettant a deux créanciers entre lesquels se partage sa dette, mais il la doit tout entière à l'un d'eux qui, étant intéressé au paiement, peut l'exiger — Il n'en est pas de même ici. Les deux conventions, si intimement liées tout à l'heure, constituent ici, juridiquement parlant, deux contrats séparés : une vente, une donation. J'achète votre maison pour que vous la donniez à Pierre, l'article 1121 est-il applicable? Evidemment non : il y a deux actes distincts. Or je n'ai pas d'action pour exiger de vous l'exécution du contrat onéreux, car je n'y suis point intéressé, et pas d'intérêt pas d'action. Quant à la libéralité, elle tombe dès lors que le contrat onéreux n'est pas valide ; puis nous la pouvons concevoir postérieure à ce contrat, et dès lors le bénéficiaire est donataire, exposé à toutes les attaques des créanciers du stipulant dont il tient ses droits : le capital assuré a passé par le patrimoine du preneur d'assurance.

Si donc on veut rendre le bénéficiaire créancier *ab initio* du capital assuré, ce qui est nécessaire au point de vue des principes et de la pratique, l'article 1121 est absolument inapplicable, nous sommes en présence d'une stipulation pour autrui pure et simple. Aussi MM. de Montluc (p. 101 et suiv.) et

Fosse ( p. 149) mettent-ils en doute la validité de l'opération. Il n'y a pas en effet à argumenter en faveur du système de la jurisprudence de l'article 1973 C. c. Il faudrait démontrer tout d'abord que cet article contient une dérogation nouvelle au principe de l'article 1119, ce qui est douteux; et eût-on réussi à le faire, qu'on n'aurait pas le droit d'étendre par analogie cette exception à une règle générale.

50. — Cependant la jurisprudence reste fidèle à l'article 1121 qui seul, à son sens, lui permet de sanctionner l'intention des parties. M. Labbé (S. 77.1.393) résume ainsi cette théorie : « Il est permis d'attribuer à un tiers le bénéfice de l'assurance que l'on contracte : c'est une stipulation pour autrui autorisée par l'article 1121 C. c. L'attribution ainsi faite constitue une libéralité affranchie des formes des donations par argument de l'article 1973 du même Code. Une semblable clause de libéralité est une offre valable, pourvu que la personne gratifiée soit individuellement déterminée; elle peut être révoquée par le stipulant jusqu'à ce que cette tierce personne l'ait acceptée. L'acceptation par le tiers peut survenir valablement après la mort du stipulant (1). L'acceptation rétroagit et fait considérer le tiers comme créancier direct de l'assureur, de telle sorte que le capital de l'assurance échappe aux créanciers héréditaires du stipulant, à moins que ceux-ci n'exercent avec succès l'action révocatoire pour cause de fraude. Au surplus, le capital assuré compte dans le patrimoine du stipulant, comme objet d'une libéralité par lui faite, pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible. »

(1) *Sic*, Aubry et Rau, t. VII, § 653, p. 65. — Deloynes, *Rev. crit.*, nouvelle série, t. I, p. 221. — M. Blin, p. 47, exige l'acceptation au moins tacite du donataire avant la mort du donateur, sinon la libéralité tombe. — M. Duranton, t. X, n. 248, p. 252, et Laurent, t. XV, n. 572, p. 653, permettent aux héritiers du preneur de révoquer la donation tant qu'elle n'est pas acceptée.

Cette théorie satisfait peut-être les légitimes désirs des parties, mais est-elle bien conforme à la logique ? « Dans le système que nous venons d'exposer, continue M Labbé, il est deux décisions que notre raison ne peut admettre : 1° c'est la rétroactivité donnée à l'acceptation du tiers ; 2° c'est la possibilité d'une acceptation qui, faite par ce tiers après la mort du stipulant, rétroagisse également au jour du contrat. » Cette rétroactivité est affirmée pour le besoin de la cause, mais elle est inacceptable. La jurisprudence voit dans le contrat une donation ébauchée par la stipulation pour autrui qui n'est qu'une offre. Or la donation est un contrat : pour la parfaire, il faut le concours des deux volontés, elle ne peut donc dater que du jour où la seconde volonté a été émise. « On parle de rétroactivité, on invoque la règle tracée pour la condition accomplie. Cela nous paraît abusif. Une condition accidentelle après son accomplissement rétroagit au jour du contrat, soit ; mais une volonté destinée à former le consentement, base essentielle, source initiale d'une donation, ne rétroagit pas. S'il en est ainsi, la libéralité offerte ne peut plus se réaliser comme donation entre vifs après la mort du stipulant (1). »

Pressé par ces arguments irréfutables, fera-t-on de notre contrat une libéralité à cause de mort ? La loi ne reconnaît pas une telle opération, qui exige d'ailleurs également un concours de volontés. — Mais n'en est-il pas autrement ici en raison de la nature spéciale de la stipulation pour autrui valable par la seule force du contrat onéreux ? Pourquoi donc alors l'article 1121 permet-il de révoquer cette stipulation tant qu'elle n'est pas acceptée, si ce n'est qu'elle exige le concours de deux volontés ? « Le législateur est tout-puissant sur la forme et non sur le fond

(1) *Sic*, Laurent, t. XV, n. 571. — Colmet de Santerre, t. IV, p. 170. — Herbault, p. 219 et 220, n. 246 et 246 *bis*.

des choses. Sans consentement, il n'y a pas de donation. » On peut bien, pour valider la stipulation, admettre qu'elle se convertit, au cas de non acceptation du vivant du stipulant, en disposition de dernière volonté. Mais si la clause est alors valide, l'acceptation ne rétroagit plus qu'au jour de décès, non au jour du contrat. C'en est fait dès lors de l'intention du stipulant. Il n'avait pas contracté pour lui-même avec offre à autrui du droit acquis contre l'assureur. Il voulait faire profiter *ab initio* le bénéficiaire : sa veuve, son enfant, etc., du bénéfice de l'assurance. L'article 1121 ne peut, dans la plupart des cas, satisfaire également la logique et ce juste désir : le capital assuré ne doit pas pouvoir être soustrait à l'action des créanciers du stipulant. M. Mulle (D. 77.1.337) le reconnaît, « s'il est vrai que l'acceptation directe ou indirecte du tiers ne rétroagit pas au jour de la stipulation ». Le système doit donc être condamné.

Et cependant, depuis l'arrêt de Lyon du 2 juin 63 (S. 63.2. 202), nos tribunaux répètent à l'envie cet argument unique sans désormais motiver son application à notre cas (Rouen, 22 mars 81. S. 82.2.40; Nîmes, 25 févr. 80. S. 80.2.327). Un seul arrêt (Rouen, 27 juill. 75 D. 76.2 182) semble avoir prévu l'objection que l'article 1121 ne peut s'appliquer, dès lors qu'il n'y a pas stipulation pour le contractant lui-même. « Attendu que si L... a stipulé pour lui-même en s'assurant une participation aux bénéfices de la compagnie, soit en rendant le titre transmissible, il a pareillement stipulé au profit de ses enfants dans les termes mêmes de l'article 1121 C. civ. » — L'adoption de la participation aux bénéfices, la transmissibilité du titre, voilà en quoi consiste la stipulation du contractant pour lui-même. Qui la constituera donc dans les polices ne portant pas ces conditions accessoires? Nous savons d'ailleurs que cette prétendue participation aux bénéfices n'est pour le souscripteur qu'une reprise de son bien (voir n° 19). Quant à la transmissibilité du bénéfice, s'il y a dona-

tion du capital, elle est incompréhensible, car elle foule aux pieds le principe de l'irrévocabilité des donations. Puis cette donation n'est nullement, dans le sens de l'article 1121, la condition de la stipulation principale. L'article 1121 est inapplicable ici. Un arrêt de la Cour de Caen du 11 janvier 1863 l'avait reconnu, et il proposait de régir le contrat par les statuts de la société qui font la règle exclusive des parties.

Mais ces statuts n'ont pas le droit de déroger à un principe général inscrit dans le Code. Comment donc échapper à l'article 1119?

51.—La règle « *nemo alteri stipulari potest* » que sanctionne cette disposition est le pendant de cet autre aphorisme : « *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* ». Elle s'appliquait rigoureusement en pur droit romain : le stipulant n'avait pas d'action, car il n'avait pas d'intérêt; le bénéficiaire n'en avait pas davantage comme étranger au contrat.

Mais à cette règle sévère le principe de la représentation même conventionnelle est venu apporter un adoucissement : un mandataire, un gérant d'affaires contracte, il n'agit pas pour lui mais pour son maître, son mandant ; celui-ci est donc obligé par la convention et il en bénéficie.

Faisons l'application à l'assurance. « De même que toute personne exposée à un préjudice par ma mort peut se préserver de ce préjudice par une assurance, de même je puis, comme *gérant spontané d'affaires*, assurer cette personne contre le danger de ma mort. Je négocie un contrat dont elle est le titulaire. Je puis en outre m'*obliger* (1) personnellement envers l'assureur au paiement des primes avec la pensée de faire don à la personne assurée du montant des primes que j'aurai payées

(1) Je ne m'oblige pas, puisque le paiement des primes est facultatif. Cette critique de détail n'infirme pas la théorie.

pour elle... Le contrat d'assurance ne devient parfait à l'égard du tiers que par une ratification. Devenu parfait, il rend ce tiers créancier de l'assureur, ma personne s'efface de ce rapport d'obligation. La ratification peut être postérieure à ma mort, elle peut émaner des héritiers du tiers... Je suis un simple gérant d'affaires quant à la stipulation du capital... Le tiers qui a ratifié est créancier direct de l'assureur, comme s'il avait contracté lui-même. Le capital de l'assurance n'a jamais fait partie du patrimoine du stipulant ; il ne doit, à la mort de ce dernier, ni être compté pour le calcul de la réserve ni servir de gage aux créanciers héréditaires. L'effet est radical... Le père de famille prévoyant améliore la condition de ceux qui lui sont chers sans augmenter le gage strictement dû à ses créanciers... Il n'a pas à sa disposition le capital de l'assurance. Les créanciers ne doivent pas compter sur cette valeur (1). »

52. — Cette théorie, si simple et si claire, renferme-t-elle des inexactitudes ? Quelles objections peut-on lui faire ? Voyons-les pour les réfuter brièvement.

En droit romain, peut-on dire, le mandat, la gestion d'affaires existaient parallèlement à la règle : *Nemo alteri stipulari potest ;* seulement on ne leur reconnaissait d'existence que si l'affaire avait été executée *au nom* du mandant, du maître, et non au nom du gérant ; il doit en être de même encore aujourd'hui. — Je ne le crois pas. « Si elle (la convention) n'annonce pas que le stipulant est le gérant d'affaires du tiers, ne suppose-t-elle pas en lui l'intention positive de prendre cette qualité ? Y a-t-il autre chose qu'une différence de mots entre ces deux conventions dont l'une indique que le stipulant agit au nom du tiers, et l'autre se contente de montrer qu'il agit dans l'intérêt de ce tiers, et peut-il être dans l'esprit du droit français de faire dé-

(1) Labbé, S. 77.1.393.

pendre d'une différence de mots la validité ou la nullité d'une convention ? » (voir article 1157) (1). L'article 1119 a sa sphère d'application singulièrement réduite par là même : au fond n'est-ce pas justice ? N'est-il pas l'expression d'une législation tout autre que la nôtre ? On doit, en principe, interpréter les contrats de manière à les vivifier. Nous verrons donc dans l'assurance un cas de gestion d'affaires.

Cependant, nous dit-on encore, comment considérer comme tel un acte unique, isolé de tout autre fait de gestion? On pourrait répondre que cet acte commence la gestion,et cela suffirait; mais avec notre théorie d'assurances annuelles, il y a bien une série d'actes suffisante pour constituer une gestion.

M. Levillain, qui prétend réfuter ce système (note D. 79.2.25), s'insurge contre le caractère artificiel et compliqué de notre interprétation appliquée à une convention *simple de sa nature*. Elle est *artificielle :* est-ce à dire qu'elle n'a pas été comprise en ses moindres détails par les parties ? Soit, mais c'est le sort fréquent des théories juridiques. Elle remplit l'intention des contractants, cela doit suffire. Elle est *compliquée* : — moins toujours que celle de la jurisprudence faisant intervenir ici une double conception : contrat onéreux et donation. Pour exécuter une convention simple de sa nature, le procédé que nous adoptons est simple également.

Mais, et M. Levillain insiste sur ce point, la situation du bénéficiaire sera parfois dangereuse. « Si, comme on le prétend, l'assuré agit pour le compte du bénéficiaire comme gérant d'affaires, ce dernier, en ratifiant, s'approprie le contrat d'assurance, et en même temps qu'il devient créancier de l'assureur,

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 40, n. 33 *bis*-III. — *Sic*, Demolombe, *Contrats*, t. I, p. 216, n. 238. — Larombière, *Oblig.*, t. I, art. 1121, n. 4. — Pothier, *Oblig.*, 59. — *Contra*, Aubry et Rau, t. IV, p. 309, § 343 *ter*, note 20. — Laurent, t. XV, p. 635, n .557. — De Montluc, p. 131.

il devient son débiteur personnel et direct pour le montant des primes (arg. de l'art. 1998 C. civ., dernier alinéa). » Un seul mot de réponse : Le maître ne devient pas débiteur de la compagnie pour l'avenir, le gérant ne l'était pas lui-même, *le paiement des primes est facultatif.*

Enfin, peut-on dire, si en principe la ratification d'une gestion d'affaires peut être posthume et rétroagir cependant, il en est autrement dans les contrats aléatoires, car le maître, ayant apprécié l'opération, ne courrait plus de risque et causerait un préjudice au tiers contractant, dans l'espèce à la compagnie. — Mais ici la compagnie ne sera pas lésée, elle paiera toujours le capital, l'assurance pour autrui est toujours doublée d'une assurance à l'ordre du souscripteur.

53. — Voilà, ce me semble, édifiée la véritable théorie de l'assurance pour autrui. Le capital assuré appartient non pas à qui a versé les primes, qui l'aurait tranféré postérieurement au bénéficiaire, ce dernier y a un droit éventuel *ab initio*. Si nous avons lutté sur la question de principes, on est en général d'accord sur les effets de l'assurance dans le cas spécial qui nous occupe, quand elle est contractée au profit d'un tiers déterminé. La jurisprudence admet, heureuse inconséquence, que le capital assuré n'est pas le gage des créanciers du stipulant, et que le bénéficiaire héritier du preneur en profite même en renonçant à la succession de son auteur.

Le mariage du preneur n'influe pas sur ce droit du bénéficiaire, pas plus que l'adoption de tel ou tel régime matrimonial. Dans tous les cas, celui-ci a un droit éventuel et personnel au capital assuré.

Si cependant, l'assurance étant conçue à l'ordre du souscripteur, celui-ci en faisait don par testament, le légataire ne serait gratifié du capital assuré que comme d'une somme égale

quelconque ; il ne le pourrait prendre que sur les biens du stipulant ; au cas de communauté sur sa part au partage, et si c'est le mari, sur ses biens personnels (art. 1423 C. civ.).

## SECTION III

### ASSURANCE AU PROFIT DE PERSONNES NON INDIVIDUELLEMENT DÉSIGNÉES.

54. — Souvent les bénéficiaires d'une assurance, au lieu d'être des personnes nommément désignées, sont indiqués sous un nom générique : mes enfants, mes héritiers, mes ayants cause. Ces bénéficiaires ont-ils un droit direct au capital assuré? Viennent-ils au contraire le prendre dans la succession du souscripteur d'assurance ?

La question ne fait pas de doute en Angleterre, où une loi du 9 août 1870 (*married women's property act.*), art. 10, dit formellement que la police en ce cas « *ne sera pas sujette aux prétentions des créanciers et ne fera pas partie de la fortune de l'assuré* ». En est-il de même en France? C'est là une question très controversée sur laquelle il nous faut prendre parti.

55. — La jurisprudence a subi à cet égard deux phases bien distinctes. Dans la première, elle reconnaît un droit propre aux bénéficiaires; puis, se ravisant tout à coup, elle fait tomber le bénéfice dans la succession du stipulant : c'est la seconde.

Jusqu'en 1872 la première période s'écoule. Les tribunaux appliquent à ce cas l'article 1121 et déclarent les enfants ou héritiers propriétaires *ab initio* de la créance contre la compagnie : « Attendu, quant à l'intention de B., disait la Cour de Lyon le 2 juin 1863, qu'elle n'est point douteuse; qu'il a stipulé en faveur de sa femme et de ses enfants ; qu'il ne s'est nullement préoccupé de ses créanciers auxquels il ne pensait pas ; qu'ainsi le fait et l'intention du stipulant ont concouru vers le même

but». La Cour de Paris pensait de même le 5 avril 1867 au sujet d'une assurance faite « au profit de mes héritiers », et M. l'avocat général Descoutures disait à ce propos : « Il est donc permis d'admettre comme démontré : d'abord que le bénéfice de l'assurance n'est pas entré dans le patrimoine de l'assuré durant sa vie..., et ensuite qu'il ne tombe pas dans sa succession au moment de sa mort, en raison de l'effet retroactif que produit l'accomplissement de la condition suspensive (1).» Il n'est pas indispensable, disait-on, que les tiers bénéficiaires fussent nominalement désignés, s'il n'existe aucun doute sur l'intention du souscripteur.

Ces décisions étaient bien peu motivées, un revirement était facile : la jurisprudence postérieure est toute contraire, sans être pour cela plus exacte. Elle applique d'ailleurs, toujours avec la même logique, l'article 1121, mais elle ne reconnaît pas aux bénéficiaires désignés sous un terme générique le droit de s'en prévaloir.

Un arrêt de la Cour d'Aix du 16 mai 1871 (S.72. 2.65) ouvre la seconde période. Il refuse aux bénéficiaires, désignés sous ce titre « mes héritiers », un droit propre au capital assuré. C'est d'ailleurs un arrêt d'espèce rendant encore hommage à l'ancienne pratique ; le mot *enfants*, dit-il, « eût dissipé tous les doutes ». Mais la Cour de cassation prononce : désormais stipuler pour ses enfants, ses héritiers, ses ayants cause, c'est stipuler pour sa succession (art. 1122 C. civ.). C'était là un résultat bien contraire à l'intention des parties ; aussi quelques cours d'appel tentèrent-elles une résistance timide (2), mais la Cour de cassa-

(1) Paris, 5 avr. 67. D. 672.2.21. — *Sic*, Lyon, 3 juin 63. D. 63.2.119. — Colmar, 27 févr. 65. D. 65,2.93. — Colmar, 19 févr. 68. — Rouen, 12 mai 71. D. 72.2.203. — Besançon, 23 juill. 72. D. 72.2.220.

(2) Tribunal Beauvais, 6 mai 73. Trib. Nancy, 7 avr. 75. *Rev. not.*, n. 4911. — Trib. et Cour Dijon, 5 mai et 4 août 75. — Rouen, 27 juill. 75, D. 76.2.182. — Caen, 14 mars 76, D. 77.2.131.

tion fit prévaloir la nouvelle doctrine. Le bénéficiaire est-il individuellement désigné, il a un droit initial au capital. Sinon le souscripteur a contracté dans les termes de l'article 1122 (1).

56. — Cette application de l'article 1122 est conforme à la logique, dit M. Herbault (2) : en fait, l'intention du stipulant n'est pas assez claire ; en droit, il faut se conformer au sens légal du mot *héritiers*. D'ailleurs on présume ici une donation, or elle est légalement impossible comme présumée faite à des personnes incertaines, et révocable.

Et d'abord l'argument de fait. On stipule pour soi et sa succession, dit l'article 1122, « *à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention* ». Et l'on prétend que l'intention du stipulant n'est pas claire : il a des enfants, il pourrait faire assurer sa vie « à son ordre » au profit de sa succession, de ses créanciers, et ses enfants viendraient prendre le reliquat, une fois les dettes payées, à condition d'accepter la succession ; il ne l'a pas fait, il n'a eu qu'un but : l'intérêt de ses enfants, il a voulu leur assurer une indemnité à sa mort. Si vous voulez exécuter ses volontés, reconnaissez leur un droit éventuel primitif, initial, au capital assuré. Il n'a pas voulu stipuler pour sa succession : *le contraire résulte de la nature de la convention* (3).

(1) Trib. Avignon, 29 août 72, D. 74.5.205. — Amiens, 30 déc. 73, D. 75. 2.11. — Dijon, 3 avr. 74. — Lyon, 9 avr. 78, D. 79.2.158. — Rennes, 23 juin 79, D. 79.2.155. — Amiens, 19 déc. 77, D. 78.2.224, — Nîmes, 25 févr. 80, D. 80.2.181. — Besançon, 14 mars 83, D. 83.2.129. — Cass., 15 déc. 73, D. 74.1. 113. — 15 juill. 75, D. 76.1.232. — 20 déc. 76, D. 77.1.504. — Cass., 7 févr. 77, D. 77.1.337. — Req. 27 janv. 79, D. 79 1.230. — Cass., 10 févr. 80, D. 80.1.169. — Les compagnies se sont effrayées de cette nouvelle tendance. M. Herbault s'en étonne (p. 215, n. 237). De concert avec M. de Folleville, nous comprenons parfaitement cet effroi.

(2) Herbault, *loc. cit.*, p. 207, n. 233.

(3) MM. Blin, p. 72, et Labbé, S. 77.1.393, tout en n'admettant pas l'assu-

Trouvons-nous donc dans la loi un motif suffisant pour ne pas tenir compte de cette intention ? Oui, a répondu le système de la jurisprudence : l'assurance pour autrui se décompose en deux contrats, or la donation au profit d'un enfant encore non conçu est en droit une chose monstrueuse, on ne peut faire d'offre au néant. « Les articles 725, 906, 1039 ne sont que des applications de cette règle de bon sens que ce qui n'existe pas ne peut avoir de droit » (note Mulle). Il en est ainsi, que la donation soit principale ou accessoire à un contrat onéreux dans les termes de l'article 1121. Dans notre cas, la créance contre l'assureur ne deviendra exigible qu'au jour du décès, mais elle a pris naissance lors du contrat, de ce jour elle doit appartenir à quelqu'un (1). Or s'il n'y a pas d'enfants à cette époque, la convention en leur faveur n'a pu se former. Il en sera de même d'ailleurs s'il y en a. Non pas que la condition de survie à laquelle la libéralité est soumise rende la personne du bénéficiaire incertaine, cette modalité rend seulement conditionnel le droit conféré à une personne capable ; mais la libéralité est faite indivisiblement au profit de tous les enfants, actuellement nés ou à naître, survivants à leur père stipulant. Il naîtra peut-être d'autres enfants, du moins le peut-on espérer ; cela suffit pour annuler en bloc toute la stipulation. Le même raisonnement s'appliquerait quand les bénéficiaires désignés seraient les héritiers.

57. — Nous comprenons cette exclusion dans le système de

rance au profit des enfants, confessent qu'ils violent l'intention du stipulant. — *Sic*, Mulle, note, D. 77.1.337.

(1) Herbault, n. 241, p. 217. — Aubry et Rau, t. VII, p. 22 et suiv. — Demolombe, *Donations*, t. I, n. 579. — Laurent, t. XXI, p. 275, n. 235. — Meline, *Rev. not.* 1873, n. 4344, p. 405 et suiv. — MM. Troplong (*Donations* II, p. 205, n. 616), Marcadé (sur l'art. 906), Demante (t. IV, n. 35 p. 81), et Deloynes (*Rev. crit.*, nouv. série, t. I, p. 91), n'exigent l'existence du donataire qu'au jour de l'acceptation.

la jurisprudence, elle nous étonne dans la théorie de la gestion d'affaires. — M. Labbé l'admet cependant : « Celui au nom de qui une affaire est conclue par un gérant spontané doit exister et être capable au jour du contrat. Il doit être au nombre des personnes qui auraient pu traiter cette affaire, conclure ce contrat soit par elles-mêmes, soit par un mandataire, soit par un représentant légal. Il doit être individuellement déterminé » (note S.77.1.393). Est-ce bien nécessaire ? Il est permis d'en douter. La personne du maître importe peu lors de la passation de l'acte : jusqu'à sa ratification, les obligations réciproques résultant du quasi-contrat de gestion d'affaires « naissent du fait même de la gestion et de la loi, non de l'intention des parties » (Cass., 18 juin 72, D. 72.1.471). Il n'y a pas présomption de consentement tacite de la part du maître, puisqu'il peut avoir ignoré la gestion (art. 1372) ; il n'est tenu que *quasi ex contractu*, en vertu de ce principe que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. La preuve en est que la gestion n'en est pas moins valide lorsque le gérant s'est trompé sur la personne du maître : « la loi n'exigeant pas qu'on ait songé à une personne déterminée, il n'y a pas de raison pour refuser de régler cette hypothèse comme celle où le gérant a su exactement pour qui il agissait (1) ».

Mais la ratification rétroagit au jour du contrat, ne faut-il donc pas que ce jour-là le maître ait été capable de donner mandat ? Sans doute, mais notre théorie n'est pas ébranlée par cette objection. Jamais, dans notre système, la ratification d'un enfant bénéficiaire n'aura besoin de rétroagir antérieurement à sa conception. Dans l'assurance, le paiement des primes est facultatif, et il y a une succession de contrats annuels. De plus, le consentement de l'assuré est nécessaire pour faire naître et du-

(1) Colmet de Santerre, t. V, n. 349 *bis*-VI, p. 643.

rer l'assurance ; ce consentement peut toujours être retiré. Soit donc Paul ayant deux fils : Henri et Jacques, il assure sa vie en faveur de « ses enfants ». La première année, Jacques meurt : cette mort a produit le même effet que le retrait de consentement de Paul à l'assurance de Jacques, le droit d'Henri subsiste seul. La seconde année Paul, a une fille : elle est comprise dans la troisième assurance annuelle au profit des enfants de Paul. Chaque année un contrat tombe et est remplacé par un nouveau. Paul peut toujours y substituer un bénéficiaire à un autre. Sans doute le bénéficiaire qui profitera en définitive de l'opération ne pourra pas peut-être faire remonter son droit au jour de la convention, mais il lui suffira de le faire remonter jusqu'à la dernière assurance annuelle, tous les contrats antérieurs ont cessé d'exister, ils ont produit leur effet ; il lui suffira d'avoir été conçu à cette époque.

Bien mieux, il lui suffira d'avoir été conçu du vivant du stipulant, fut-ce après la dernière prime payée. Le preneur d'assurance a le droit de changer les bénéficiaires au cours de l'assurance : dans le cas actuel il gère l'affaire de tous ses enfants sans faire d'exception; dès lors qu'un d'entre eux est conçu, la sollicitude du père s'étend à lui.

58. — Cette théorie n'est pas, croyons-nous, contraire à la loi, elle est conforme à l'intention des parties : il la faut accepter. En principe, le capital assuré au profit des enfants ou des héritiers du stipulant ne doit pas tomber dans le patrimoine de ce dernier. Mais comme nous faisons découler cette conclusion de l'intention du stipulant, il sera toujours permis aux juges de rechercher ce qu'il a voulu faire, et partant de faire tomber le capital assuré dans sa succession, s'il est clair qu'en désignant comme bénéficiaires ses enfants, et surtout ses héritiers, il a entendu seulement augmenter le patrimoine qu'il laissera à son

décès. Une loi nouvelle sur ce point n'aurait d'autre effet que de mettre notre solution à l'abri de toute controverse. Le tribunal de Bruxelles, le 12 juillet 1882 (D. 83.2.107), l'a parfaitement compris. Il jugeait d'après les principes du Code civil, car l'assurance était faite au profit des enfants, et la loi belge du 11 juin 1874, art. 43, ne régit que l'assurance faite au profit d'un tiers nommément désigné. « Attendu, dit-il, qu'il est indifférent que les enfants de V. se soient enrichis par cette prévoyance de leur père *agissant pour eux et comme leur negotiorum gestor*, si par l'opération critiquée le défunt ne s'est point appauvri. » Il adopte entièrement notre manière de voir.

Nous croyons donc fermement que les héritiers ou les enfants, bénéficiaires désignés d'une assurance contractée par un époux, leur père par exemple, avant ou pendant le mariage, ont un droit éventuel propre au capital assuré, à l'exclusion de la succession ou de la communauté du preneur.

## SECTION IV.

### LE BÉNÉFICIAIRE DE L'ASSURANCE EST LE CONJOINT.

59. — Il existe en Angleterre une excellente coutume : tout homme contracte en se mariant une assurance sur sa tête au profit de sa femme S'il n'en est pas de même en France, du moins est-ce là un contrat très fréquent : le mari s'assure au profit de la femme, la femme s'assure parfois aussi au profit du mari; parfois enfin l'assurance est mutuelle.

#### I. — *Assurance d'un époux au profit de l'autre.*

60. — Quel que soit le régime adopté par leur contrat de mariage, la volonté du stipulant peut et doit être strictement respectée. Cela ne souffre aucune difficulté sous les régimes

d'exclusion de communauté et de séparation de biens ou sous le régime dotal, quand les fortunes des deux époux sont distinctes, mais la question est plus délicate quand il existe entre eux une communauté.

61. — 1° Supposons le cas le plus fréquent. Le mari s'assure au profit de sa femme : celle-ci a-t-elle, à l'exclusion de la communauté, un droit propre au capital assuré ?

62. — *A.* — Voyons d'abord le cas où l'assurance a été contractée avant le mariage. Il faut évidemment répondre affirmativement s'il s'agit d'une communauté réduite aux acquêts. La même solution doit encore être donnée sous le régime de communauté légale, faisant cependant tomber en communauté tous les biens meubles appartenant aux époux lors du mariage.

M. Levillain (note D. 79.2.25) est d'un avis contraire. « Le droit qui se fixe ainsi sur sa tête (du bénéficiaire) antérieurement à son mariage avec l'assuré figure naturellement, lorsque survient la célébration de son mariage, au nombre de ses apports mobiliers et... fait partie de la masse commune au même titre que toutes les valeurs mobilières (art. 1401)... Nous ne saurions nous arrêter à cette considération que, dans la pensée de l'assuré, la personne désignée dès le principe comme appelée à recueillir le capital de l'assurance doit en profiter seule et à l'exclusion de tous autres... car, d'une part, on ne peut pas supposer à l'assuré, quand il souscrit cette assurance, l'intention d'en assurer le profit en propre à la bénéficiaire pour le cas où elle contracterait ensuite... un mariage auquel rien ne prouve qu'il ait alors songé ; et, d'un autre côté, cela ne suffirait pas pour qu'il en résultât une attribution en faveur de la femme personnellement. Il faudrait qu'il eût exprimé à ce sujet sa volonté d'une façon positive. »

Cette argumentation est, n'en déplaise à M. Levillain, trop

contraire à l'intention du stipulant pour prévaloir. Il a voulu indemniser de sa perte future une tierce personne : qu'importe que, plus tard, elle soit devenue sa femme ? Il s'est consacré tout entier comme capital à sa future épouse. Sans doute il n'a pas fait à son profit une stipulation expresse de propre (1401-1°), mais « la volonté de faire un propre peut s'induire des termes de l'acte et de l'ensemble des faits » (Cass., 27 avr. 59. S. 60.1.251). Le Code n'est pas si formaliste, il préfère les réalités aux apparences, les intentions certaines aux termes solennels (1) (art. 1156). L'article 1500 nous montre même une stipulation tacite de propres.

63. — Touchée par ces raisons, la jurisprudence a sanctionné notre solution (2): « Attendu, dit la Cour de cassation le 10 nov. 79, qu'aux termes de l'article 1401 C. civ., les donations mobilières entrent dans la communauté si le donateur n'a exprimé le contraire ; que la volonté du donateur à cet égard n'a pas besoin d'être exprimée en termes sacramentels ; qu'elle peut résulter soit de l'ensemble des clauses de l'acte, soit de la nature même de l'objet donné ». Sans doute, c'est là étendre l'application de l'article 1401 supposant une donation postérieure à mariage ; mais cette extension se justifie parfaitement, car cet article n'est qu'une application de ce principe : un donateur libre de ne pas donner est libre d'imposer à sa donation telle condition que bon lui semble. La décision de la Cour de cassation est donc fort équitable.

Cela sera plus évident encore en rendant à l'assurance son caractère de contrat d'indemnité. Les choses mobilières substi-

(1) Pothier, *Comm.*, n. 180. — *Contrà*, Laurent, t. XXI, n. 272. Voir Marcadé, t. V, p. 492, art. 1408-3°. — Labbé, S. 80.1.337, note. — Couteau, t. II, n. 560, p. 555.

(2) Trib. civ. Seine, 21 déc. 76 ; Paris, 4 juin 78, D. 79.2.25, note Levillain. — Req. rej. 10 nov. 79, D. 80.1.175, S. 80,1.337, note Labbé.

tuées à un propre restent propres comme lui ; M. Laurent le reconnaît après Pothier (1) et en fait l'application à l'assurance contre l'incendie : « L'indemnité appartient au propriétaire de l'immeuble et en tient lieu ; si l'immeuble est propre, l'indemnité doit aussi être propre... la nature mobilière ou immobilière de l'indemnité est indifférente ». Or l'objet assuré ici est propre. Le futur époux, libre de consacrer à qui il voulait ses facultés, a entendu gérer, quoi qu'il arrivât par la suite, l'affaire de sa future épouse. Le capital assuré, représentant cette valeur que la volonté du stipulant a fait propre, doit être propre lui aussi.

64. —*B.*— L'assurance au profit du conjoint est postérieure au mariage : la règle doit être la même. On ne se heurte pas pour cela à l'article 1395 : « les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage ». Le mari a mis dans la communauté la partie mobilière de son patrimoine, il n'a pu y mettre sa valeur personnelle inaliénable ; le capital assuré, indemnité représentative de cette valeur, tombera dans le patrimoine de qui lui plaira, de qui supportera une perte lors de sa mort. La femme pourrait assurer contre l'incendie un de ses propres, elle a assuré contre la mort son mari dont la valeur lui est propre puisqu'il l'a voulu. « Un tel contrat répond à des intérêts réels, graves, sérieux, qui sont naturellement et non arbitrairement en dehors de la communauté. Est il défendu à une femme... de se prémunir elle-même personnellement par une assurance contre le tort que lui cause le décès prématuré de son mari, lequel, quoique privé en mourant de sa fortune par des revers, aurait pu la faire subsister par son travail ? Non sans doute. Les règles sur la composition de la

(1) Pothier, *Communauté*, n. 99. — Laurent, t. XXI, n. 285. — *Sic*, Aubry et Rau, t. V, § 507, p. 287 et 288, notes 22 et 26.

communauté n'ont jamais pour but d'empêcher un contrat licite, de s'opposer à une combinaison honnête (1). »

C'est qu'en effet, l'article 1395 écarté, on nous oppose l'article 1437 : les époux ne peuvent se créer des propres avec les biens communs, et les primes seront cependant payées sur les deniers de la communauté. Mais pour réfuter cette objection il n'est pas besoin d'invoquer l'article 1480 faisant exécuter les donations entre conjoints sur les biens de l'époux donateur. — Non que nous admettions, avec M. Bédarrides (conclusions sur Civ. rej., 12 févr. 1877, D. 77.1.241), que le mari ait le droit absolu de constituer des propres à sa femme avec les biens communs ; mais tout le monde admet, nous dit M. Levillain, que « le mari peut employer les valeurs de la communauté à la conservation, l'affranchissement, l'amélioration des propres de la femme. Il peut, pour nous servir des expressions de M. Labbé, puiser dans la caisse de la communauté à l'effet de sauvegarder, servir un intérêt propre, un intérêt qui de sa nature est placé en dehors de la communauté ; par exemple il peut, avec l'argent de la communauté, dégrever un propre d'une charge, *assurer contre l'incendie un bâtiment dont la valeur, dans la fortune propre de la femme, sera, le cas échéant, remplacé par le capital de l'assurance...* » Nous avons tout à l'heure comparé cette opération avec l'assurance sur la vie, il y a parfaite conformité. L'article 1437 est uniquement relatif à une question de récompense : le mari a la disposition des effets mobiliers de la communauté; il peut même, d'après l'article 1422,

(1) Labbé, S. 77.1.393, et S. 80.2.249. — *Sic*, Fosse, p. 238. — Blin, p. 122 — Herbault, p. 243, n, 268. —Levillain, note. D. 79.2.25. — Rennes, 23 juill. 79, D. 79.2.155. — Il n'est pas besoin, comme le voudraient ces auteurs, d'invoquer l'article 1096 pour déclarer la libéralité révocable ; le retrait du consentement du mari assuré suffit à anéantir *in futurum* le contrat, faute de matière assurable.

en faire des libéralités à titre particulier, il a disposé de la valeur des primes en faveur de sa femme. Quelle règle s'y oppose, s'il n'y a pas eu pour elle un enrichissement anormal ? « Ce que les époux ne peuvent pas faire, dit M. Labbé, c'est faire pour eux un contrat, *principe d'une acquisition entièrement nouvelle...*; tout émolument qui ne se rattache pas à un intérêt propre préexistant ou existant indépendamment de la volonté est nécessairement pour la communauté. Les époux ne peuvent pas se créer arbitrairement des propres, mais ils ne sont pas *tenus de sacrifier* aucun intérêt personnel naturellement distinct de celui de la communauté. »

65. — La femme, bénéficiaire désignée de l'assurance souscrite sur la tête de son mari, a donc un droit propre à la totalité du capital. Mais elle n'est pas donataire, bien qu'en dise la jurisprudence, de ce capital, elle ne tient pas ses droits du mari. Jamais le capital assuré n'est entré, fut-ce un instant de raison, dans la communauté. M. Levillain soutient le contraire parce qu'il applique ici l'article 1121, C. civ.; mais nous savons à l'heure actuelle que penser de cette application Il n'y a donc pas lieu de distinguer, pour savoir à quel titre la femme bénéficiaire touchera ce capital, le cas où elle acceptera la communauté et celui où elle la refusera. Au second cas, elle serait donataire pour le tout, le mari ayant manifesté l'intention de la gratifier de la totalité, quoi qu'il arrive. Au premier, elle toucherait la moitié comme donataire, la moitié comme commune. Si le mari avait été déclaré bénéficiaire par sa femme, il ne pourrait jamais être donataire que pour la moitié du capital assuré (1). — Cette théorie aurait de graves conséquences au sujet du rapport ou de la réduction à effectuer. Elle est fausse d'ailleurs, elle se base sur le principe de la capitalisation des primes et l'application

(1) Herbault, n. 276, p. 248. — Fosse, p. 239.

de l'article 1121, elle suppose le séjour du capital assuré dans le patrimoine commun. La femme bénéficiaire, si elle est donataire vis-à-vis de son mari, ne l'est que de ce dont il s'est dépouillé, c'est-à-dire de la valeur des primes, elle a un droit propre au capital assuré.

66. — Mais la jurisprudence, tiraillée en sens divers par son désir d'exécuter les intentions des parties et l'impossibilité de le faire avec l'article 1121, est fort hésitante, et la volonté des contractants ne reçoit pas toujours son accomplissement. Si certaines juridictions s'en montrent respectueuses (1), il n'en est pas toujours ainsi. La Cour de Caen voit dans le capital assuré un acquêt de communauté : « Attendu, dit-elle en conséquence, que c'est en vain que les époux R... ont manifesté l'intention d'acquérir pour la femme seule à l'exclusion de la communauté; qu'en effet les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après le mariage (art. 1395), et que les époux R... ne pouvaient modifier les effets légaux du régime auquel ils s'étaient soumis (2). »

Les prétentions les plus bizarres d'ailleurs lui sont soumises. Les Cours de Rouen (22 mars 81) et de Nîmes (25 févr. 1880) ont eu à trancher la question suivante : la clause qui de la part d'un mari accorde le bénéfice d'une assurance contractée sur sa tête « à sa femme ou à ses enfants » est-elle indivisible ? La stipulation en faveur des enfants n'est pas admise devant nos tribunaux, on prétendait en conclure que cette nullité s'étendait

(1) Paris, 4 juin 78, D. 79.2.25. — Trib. Clermont, 16 mai 79. — Trib. Montpellier, 11 févr. 81.— Nîmes, 25 févr. 80, D. 80.2.181.— Rouen, 22 mai 81, S. 82.2.40.

(2) Caen, 6 déc. 81, S. 83.2.33, note Ruben de Couder. — *Sic*, Paris, 12 août 79, S. 80.2.249. — Cass., 10 févr. 80, D. 80.1.169. — Amiens, 25 févr. 80. — Cass., 2 mars 81, D. 81.1.401. — Besançon, 10 févr. 81. — Trib. civ. Epernay, 17 août 82, D. 83.3 71.

à la stipulation en faveur de la femme, lorsqu'elle se présente seule pour profiter du contrat. Les cours ont fait bonne justice de cette théorie. « Le moyen tiré de l'indivisibilité n'a aucune valeur juridique », dit fort justement la Cour de Rouen. La stipulation contient une alternative et rien de plus.

Le Tribunal de Mulhouse (14 juin 67), et la Cour de Colmar (19 février 68, Molineau, *Rép. analyt. de la jurispr.*, n° 18) ont eu à statuer sur une espèce curieuse que je rapporte surtout pour montrer les questions multiples que peut soulever l'attribution du bénéfice d'une assurance. Un homme marié s'était assuré au profit de sa femme et de ses enfants. La femme était morte lui laissant des enfants. Il se remarie et meurt. La deuxième épouse, se prévalant des termes de la police, vient réclamer le bénéfice de l'assurance. La Cour la débouta de cette prétention : « Attendu qu'en fait il est évident que le stipulant n'avait en vue que la femme qui lui était alors unie par les liens du mariage ; qu'il est inadmissible que dans ses prévisions, alors qu'il stipulait, lui, pour le cas de son décès, ait pu entrer l'hypothèse du prédécès de la femme dont il cherchait à assurer l'avenir, d'un second mariage qu'il contracterait, et d'une seconde femme inconnue qu'il aurait ainsi avantagée par avance ». Ces arguments, excellents dans la théorie de la jurisprudence, sont encore vrais dans la nôtre. Nous avons cependant validé, en raison de l'annualité de l'assurance, le contrat fait au profit d'enfants encore à naître fort souvent. Mais pourquoi? Parce que le stipulant prévoyait avoir des enfants lors du premier contrat, et qu'il voulait stipuler pour eux, tandis qu'ici il n'a pas dû prévoir son second mariage. En général, et sauf une évidente déclaration de sa part, il faudra voir après son second mariage une négligence dans le fait de laisser le nom de la femme sur la police. Seulement, appliquant nos principes, nous appellerons les enfants des deux lits à se partager le bénéfice.

67. — Dernière question : le mari pourrait-il, après avoir aliéné un immeuble propre de sa femme, contracter avec le prix une assurance sur sa tête au profit de celle-ci en qualité de remploi? Non : l'assurance ne peut être estimée dans un patrimoine sur le même rang que les autres biens. Elle n'est pas un placement, mais un contrat d'indemnité ne pouvant exister qu'à la condition d'un intérêt de la part du bénéficiaire à la vie de l'assuré et du consentement de ce dernier. Le capital assuré ne peut remplacer qu'un bien : la vie du mari. Le remploi exige d'ailleurs des conditions de durée et de fixité impossibles à réaliser ici.

68. — 2° La femme peut aussi s'assurer au profit du mari. M. de Courcy critique cet usage : à son sens, la femme « n'apportera dans le ménage que des joies dont il n'est donné à aucune institution de réparer la perte (1) ». Je comprends mal ce scrupule, il rabaisse trop le rôle de la femme dans le ménage et l'économie domestique. Si parfois elle est un instrument de ruine, elle peut aussi aider puissamment l'homme dans l'édification de sa fortune. Quoique moins fréquente d'ailleurs que l'assurance du mari au profit de sa femme, celle de la femme au profit du mari existe, et nous en devons parler.

Sous la réserve de ce que nous avons dit au chapitre de la capacité (voir n° 41), les principes exposés ci-dessus s'appliquent. La femme autorisée du mari peut assurer sa vie au profit de ce dernier.

69. — La question, nous l'avons vu, s'est présentée devant le tribunal de Poitiers le 8 nov. 1874. — Mme B. ayant de son mari, sous le régime de communauté réduite aux acquêts, une procuration générale pour gérer son commerce, contracta le 19 déc. 1873 une assurance sur sa vie au profit de son mari ou à son ordre, puis mourut le 15 févr. 1874. Le mari reçut le capital assuré,

(1) *Précis*, p. 163.

mais les héritiers de sa femme voulurent comprendre cette somme dans la liquidation de la communauté. Le Tribunal puis la Cour admirent cette prétention (D. 76.2.181). Saisie de la question, la Cour de cassation rejeta le pourvoi (Civ rej. 15 févr. 77. D. 77.1.342), la déclaration de fait émanée de la Cour lui ayant paru souveraine. Si c'est là un arrêt d'espèce, il en résulte seulement ceci : que le souscripteur, désignant un bénéficiaire, ne doit laisser aucun doute sur son intention de lui donner le bénéfice exclusif du contrat.

Mais le Tribunal avait argumenté en droit : suivant lui, la femme, même autorisée, ne peut agir que pour la communauté. « Attendu, dit-il, que la femme mariée sous le régime de la communauté même réduite aux acquêts ne peut, au cours de cette communauté, acquérir à titre onéreux une valeur quelconque, mobilière ou immobilière, qui lui soit propre, les cas spécialement prévus par la loi, tels que les cas de remploi, demeurant exceptés..., la loi n'ayant accordé qu'au mari le pouvoir de disposer à titre gratuit des valeurs qui composent la communauté et ayant par là même refusé pareil pouvoir à la femme commune. » On irait très loin avec cette théorie : on refuserait à la femme dûment autorisée le droit d'acquérir quoi que ce soit en aliénant ses propres. — Par ce moyen, la femme peut évidemment gérer l'affaire du mari et s'assurer au profit de ce dernier. N'eût-elle pas de propres que la réponse serait la même. L'article 905 C. civ. permet à la femme autorisée de faire des libéralités à qui lui plaît, à son mari par exemple : il ne distingue pas entre les biens de la communauté et ses biens propres. Il en est de même de l'article 1480, il fait porter sans distinction les donations faites par un époux à l'autre sur la part du premier dans la communauté, il s'applique donc à la femme. Du reste, avec le système du Tribunal, comme le bénéfice de l'assurance ne doit pas appartenir à qui a payé les primes, l'opération serait nulle

tout entière, la communauté pourrait seulement réclamer à la compagnie le montant des primes indûment payées.

II. — *Assurance mutuelle.*

70. — Les deux époux ont assuré leur vie, chacun au profit de l'autre, par des actes séparés, l'opération ne présente pas de difficultés : il y a deux assurances, voilà tout. Mais il en est autrement du contrat fait conjointement, dans la même police, par les deux époux sur la vie du premier mourant au profit du survivant. « L'opération est sage, morale, salutaire. On doit souhaiter qu'elle s'exécute telle qu'elle a été conçue (1). » Les principes de droit s'y opposent-ils ?

71. — Il y a une analogie prochaine entre ce cas et celui où deux époux ont stipulé, moyennant un capital pris dans la caisse de la communauté, une rente viagère réversible sur la tête du survivant. Sur l'interprétation de cette convention, la doctrine et la jurisprudence sont encore divisées. Quatre systèmes sont en présence.

Pour les uns, la clause de réversibilité constitue entre les époux un contrat à titre onéreux, mais ils se divisent aussitôt. M. Mourlon l'annule comme contraire à l'article 1395 et fait de la rente un acquêt de communauté partageable au premier décès (note sous Paris, 19 févr. 1864, D. 65.2.73) (2). 1er *système.* — M. Troplong (3) la valide comme convention à titre onéreux et aléatoire dans laquelle chaque époux confère à son conjoint un droit éventuel à la totalité de la rente en échange

(1) Labbé, note, S. 77.1.393.

(2) *Sic*, Comtois, *Rev. notariat*, 1880, p. 354 et 359. — Sol. Régie, 20 févr. 1878.

(3) *Contrats aléatoires*, n. 254, p. 414 et suiv. — *Sic*, de Folleville sur Herbault, p. 423. — Cass., 15 mai 1844, D. 44.1.229.

d'un pareil droit. 2e *système*. — Pour M. Pont, à la suite de l'ancien droit, le conjoint survivant acquiert la rente à titre onéreux : il devra chaque année payer aux héritiers de son conjoint la moitié des arrérages qu'il touchera (1). 3e *système*.

Le quatrième système voit dans la clause de réversibilité une acquisition gratuite au profit du survivant. Il y a donation réciproque entre les époux (2). M. Mourlon proteste contre cette intention libérale : l'idée qui a fait inscrire la clause est une idée personnelle, non une volonté généreuse, chacun espère en profiter. Nous n'en croyons rien, chaque époux a préféré son conjoint à ses propres héritiers, voilà la vérité : il sacrifie sa succession personnelle pour assurer à son conjoint un avantage éventuel. Cette donation est valable dans les termes de l'article 1096. Pothier ne disait-il pas déjà (*Traité des donations*, n° 129) qu'il y avait un don manuel dans la clause de réversibilité d'une rente viagère sur la tête du survivant des époux ?

72. — Les mêmes questions se posent au sujet de l'assurance entre époux au profit du survivant. Le Tribunal de Cambrai, le 26 août 1875, annula cette clause. Est-ce un contrat à titre onéreux ? dit-il, il tombe sous le coup de l'article 1395. Est-ce un contrat à titre gratuit ? « Attendu que la prohibition de l'article 1395 n'empêche pas, il est vrai, que les époux se fassent l'un au profit de l'autre des dispositions à titre gratuit, mais que, pris au point de vue du mari souscripteur et assuré, la femme étant uniquement bénéficiaire, c'est-à-dire au point de vue de la libéralité de l'article 1121 C. civ., l'acte de 1871 (la police) ne pourrait encore être invoqué par la femme survivante,

(1) Pont, *Petits contrats*, t. I, n. 701. — Lebrun, *Communauté*, t. I, ch. 5, sect. 2, dist. 2, n. 17.— Pothier, *Const. de rente*, n. 242.— Aubry et Rau, t. V, § 507, p. 283, note 9. — Paris, 19 févr. 64, D. 65.2.73.

(2) Labbé, *Journ. Palais*, t. I, 1865, 85. — Bouniceau, *Rev. prat.*, t. XXI, p. 281 et suiv. — Herbault, n. 275, p. 246. — Fosse, p. 248.

puisqu'aux termes de l'article 1097, les époux ne peuvent, pendant le mariage, se faire aucune donation mutuelle par un seul et même acte. » On ne peut pas échapper à cette alternative, nous dit l'arrêtiste de Dalloz (D. 76.2.121) : « Ou la clause... contient deux donations... et dans ce cas, à titre de donations mutuelles et réciproques faites par un seul et même acte, elles sont nulles aux termes de l'article 1097... ; ou bien c'est entre les époux un contrat à titre onéreux..., et alors, comme M. Mourlon l'écrivait en 1865, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'est plus qu'une lettre morte ».

Le jugement de Cambrai fut porté en appel devant la Cour de Douai. Celle-ci, par un arrêt du 31 janvier 1876, le réforma et assura l'exécution de l'intention des parties (S. 77.2.33). Mais elle semble mal à l'aise dans l'édification de sa théorie, elle voit tour à tour dans l'assurance mutuelle un contrat onéreux et une donation. C'est un contrat à titre onéreux, « puisque chacun des époux consent à prendre sa part en cas de prédécès, pour gagner, en cas de survie, le montant intégral de l'assurance ». Mais en présence de l'article 1395 elle abandonne vite ce point de vue, elle considère le contrat comme fait à titre gratuit ; seulement, voulant échapper à l'article 1097, elle ne voit plus ici qu'une seule donation : « cette libéralité ne se rattache point à une libéralité réciproque, le mari ne recevant rien dans le cas donné ». Le droit du mari a été résolu, celui de la femme est devenu définitif, on doit régler la situation comme si seul le mari avait assuré sa vie au profit de sa femme.

N'est-ce pas là une façon inexacte d'envisager l'opération ? Pour apprécier la nature et la validité d'un contrat, surtout d'un contrat aléatoire, il faut se placer, non pas au jour où l'événement se réalise, mais au jour de la formation de la convention. A ce moment là la femme était-elle donc seule donatrice ? Le mari n'avait-il pas également un droit éventuel au capital

entier de l'assurance? Sans doute il n'a rien à réclamer dans l'espèce, mais c'est parce que la condition de survie ne s'est pas réalisée à son profit : il y avait deux contrats à l'origine, deux libéralités conditionnelles; seulement la condition dont chacune était affectée était telle qu'elles ne pouvaient s'exécuter simultanément. La théorie de la Cour de Douai était faite pour le besoin de la cause, la vérité des faits y est contraire.

La Cour de cassation, saisie à son tour, rejeta le pourvoi le 28 mars 1877 (D. 77.1.241). Son rapporteur, émettant une doctrine hardie, voyait dans l'opération un contrat à titre onéreux, mais reconnaissait à l'époux dans le mariage le droit de créer à son conjoint des propres avec les deniers communs. La Cour suprême ne le suivit pas sur ce terrain, mais admit ses conclusions : « Attendu, dit-elle, que de l'alternative prévue par le contrat est résulté pour chaque époux un droit éventuel à la somme assurée, soumis en même temps à la condition suspensive de sa propre survie et à la condition résolutoire du prédécès de son conjoint ; que la branche de l'alternative favorable à Mme Th. s'étant réalisée par le prédécès de son mari, le droit éventuel de ce dernier a été résolu et celui de la femme survivante a été au contraire rendu définitif par l'accomplissement de la condition suspensive à laquelle il avait été soumis. » Très bien, mais la difficulté n'est pas tranchée. Ce droit éventuel acquis à chaque époux lui vient, au dire de la jurisprudence, de son conjoint souscripteur sur la tête duquel il a d'abord reposé. Notre alternative se dresse encore : ou cet échange de droits constitue une libéralité prohibée par l'article 1097, ou c'est un acte à titre onéreux visé par l'article 1395. « En somme, dit la note de Dalloz, l'arrêt de la chambre civile a reconnu la validité du contrat. Mais peut-être eût-il fallu, pour justifier cette solution, écarter nettement les objections tirées des articles 1097 et 1395, et déclarer que la convention intervenue, bien que

contenant deux donations mutuelles et réciproques des époux l'un à l'autre, échappait aux prohibitions desdits articles à raison soit de sa nature, soit de sa forme... Il est permis de douter que les motifs de l'arrêt en rendent suffisamment compte au point de vue juridique. »

73. — Ce que la Cour n'avait pas fait, la doctrine l'a tenté. MM. Lyon-Caen et Labbé (notes, S. 77.1.393, 2.33) voient dans l'assurance au profit du survivant deux libéralités mutuelles, mais ils écartent l'article 1097. « Ces libéralités faites à des tiers (par rapport à la compagnie d'assurances sur la vie), dit M. Lyon-Caen, sont des accessoires d'un contrat à titre onéreux (1), l'assurance sur la vie conclue entre la compagnie d'un côté et les deux époux de l'autre. Or il est de principe que les libéralités qui se rattachent à des contrats à titre onéreux sont dispensées des formes des donations (Cass. 23 mars 1870, S. 70.1.214). L'article 1097 C. civ., qui défend de faire dans un même acte des donations entre époux, *étant une disposition relative à la forme,* doit être écartée quand ces donations se trouvent n'être que l'accessoire d'un contrat à titre onéreux. » Il en est ainsi de la rente viagère constituée par quelqu'un au profit d'un tiers, l'article 1973 dispense cette libéralité des formes ordinaires des donations (2).

74. — L'article 1097 n'est qu'une disposition de pure forme ; j'en doute encore, quoi qu'on puisse dire. Il a pour but de sauvegarder pour chaque époux la liberté absolue de révoquer ses donations à son conjoint, de couper court aux contestations sur l'indivisibilité d'une donation mutuelle. Cette formalité est pres-

(1) Il me semble étrange de qualifier d'accessoire ce qui est l'âme du contrat, c'est-à-dire la désignation du bénéficiaire.

(2) *Sic*, Labbé, S. 77.1.393. — Bédarrides, *Concl.*, S. 77.1.393. — Herbault, p. 246, n. 275. — Couteau, t. II, n. 571, p. 577. — Fosse, p. 255.

crite dans un intérêt public (1) ; pourquoi ne pas l'appliquer ici ? Nul n'oserait soutenir que la réciprocité de l'assurance ait rendu le contrat irrévocable, or l'article 1097 n'est que la sanction de cette règle de fond. Sans doute, répond M. Lyon-Caen, mais « ce n'en est pas moins, en définitive, une règle touchant à la forme. La doctrine contraire prétend-elle d'une manière générale appliquer aux donations accessoires des contrats à titre onéreux les règles de formes qui touchent au fond, au moins par les motifs qui les ont fait édicter ?... Cela équivaudrait à peu près à appliquer à ces donations presque toutes les règles de forme. Car, sauf un bien petit nombre, elles ont pour but d'assurer les règles de fond ».

Je ne suis pas encore convaincu et, dût le savant professeur m'accuser d'oublier « cette règle élémentaire d'interprétation qui exclut les distinctions là où la loi ne distingue pas », je crois que les règles de forme ne touchent pas toutes au fond avec la même énergie. — Rien ne m'empêche de faire entre elles un choix, car nulle part la loi n'a expressément dispensé de formalités les libéralités jointes aux contrats à titre onéreux. Si ce principe existe, l'art. 1973 n'en est qu'une application particulière impossible à généraliser, et les termes de l'art. 1121, d'où on le déduit, ne sont pas très précis. Nous distinguerons donc les règles de forme essentielles au fond, et celles qui ne le sont pas. Je suppose une donation faite sous seing privé, en résultera-t-il nécessairement la révocabilité au gré du donateur ? Nullement, car le titre reste aux mains du donataire. Au contraire, l'art. 1097 est la sanction nécessaire de l'art. 1096. La donation mutuelle a été formée par le concours de deux vo-

(1) Aubry et Rau, t. V, § 507, note 9, p. 284. — Laurent, t. XV, p. 357, n. 323. On l'applique pour les réserves d'usufruit au profit d'un survivant dans un partage d'ascendant. (Cass., 26 mars 55, D. 55.1.63. 26 juill. 69, D. 9.1.476. — Nîmes, 16 déc. 65, D. 66.5.332.)

lontés libérales, ne faudra-t-il pas la même entente, le même concours de volonté pour la détruire? M. Couteau (t. II, n° 572, p. 577) déclare la controverse inutile. « Si la loi était telle qu'on le prétend, elle pourrait toujours être éludée. Il suffirait de faire la double libéralité le même jour, à la même heure, par deux actes séparés. » Nous ne demandons pas autre chose, mais alors la loi serait, non pas éludée, mais respectée. Tout serait régulier, et le droit de révocation serait ouvert sans contrôle à chaque époux.

75. — Abandonnons le terrain où la jurisprudence s'efforce de valider l'opération avec l'art. 1121. Avec notre théorie de la gestion d'affaires, il n'y a pas donation mutuelle. Chaque époux ne donne à son conjoint que le montant des primes, et cette libéralité ne résulte pas du contrat initial, mais des paiements annuels constituant l'assurance pour une année ; ce sont, avons-nous dit, des contrats unilatéraux. L'art. 1097 est donc écarté, il en est de même de l'art. 1395, puisque la valeur représentée par le capital indemnité n'était pas nécessairement tombée en communauté, et que l'assurance garantit un intérêt propre à chaque époux, comme au cas d'assurance contre l'incendie. L'analyse du double contrat est simple : chaque conjoint assure sa propre valeur au profit de l'autre. Le mari prédécède-t-il? La femme qui le perd touche une indemnité : le capital assuré à son profit ; mais l'assurance souscrite au profit du mari n'en a pas moins produit son effet : toute sa vie, il a été garanti contre le sinistre éventuel de la mort de sa femme. Si l'assurance ne peut plus courir désormais, c'est qu'il n'y a plus, de par la mort du mari, ni bénéficiaire, ni risque, c'est que les éléments essentiels au contrat font défaut.

76. — Dans tous les cas, nous le savons, celui des époux dont la vie est assurée peut faire tomber cette assurance et, retirant

son consentement, nier l'intérêt prédominant de son conjoint à la prolongation de sa vie. N'y aurait-il pas là une injure grave de nature à provoquer, de la part de l'ex-bénéficiaire, une demande en séparation de corps (art. 231, 306)? Nous ne croyons pas qu'à lui seul ce fait suffise à produire une telle conséquence; mais ce peut être une injure, cela est certain, et il devrait être pris en considération par les tribunaux.

77. — Envisageons quelques difficultés pratiques. — Un mari est bénéficiaire désigné d'une assurance sur la vie de sa femme. Surprenant cette dernière en flagrant délit d'adultère, il la tue, profite-t-il du contrat? Non, répond M. Herbault (p. 155, n° 179). En principe, dit-il, l'assurance tombe, quand l'assuré devient par lui-même la cause de l'ouverture de son droit : l'art. 324, § 2, C pén., ne peut être invoqué qu'en matière pénale. Il n'y a là, du reste, qu'une excuse atténuante, et l'on admet généralement que le meurtrier condamné seulement à des peines correctionnelles peut être exclu comme indigne de la succession de sa victime (1). Nous croyons, pour nous, qu'il faut s'en tenir au verdict du jury, et appliquer le principe de la chose jugée. Au moment du meurtre, il est peu probable que le mari ait songé à l'assurance. Il n'a agi peut-être que sous l'impression d'une violente colère qui, paralysant ses facultés, l'a pu rendre irresponsable. Le tribunal criminel le reconnaît-il coupable, il faudra appliquer la clause de la police annulant le contrat « si le bénéficiaire de la police est condamné pour avoir attenté aux jours de celui sur la vie duquel repose l'assurance ». Sinon, l'associé conservera tous ses droits.

Mais un époux peut être bénéficiaire d'une assurance sur la

(1) Mourlon, t. II, n. 51, p. 25. Aubry et Rau, t. VI, p. 282, § 593, note 5. Demolombe, *Success.*, t. 1, n. 233. Demante, t. III, p. 41 n. 35 *bis*-IV. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 727, t. III, p. 51.

vie d'un tiers. Le bénéfice lui sera évidemment propre : l'intention du souscripteur est évidente, et l'article 1405 peut être invoqué par analogie. Supposons maintenant l'assurance faite au profit du mari et de la femme collectivement. S'ils sont mariés sous le régime de communauté, le bénéfice leur appartiendra-t-il en propre, ou tombera-t-il dans la communauté ? En matière de donations, on décide généralement, malgré les termes de l'article 1405, qu'elles se divisent et sont acquises par moitié à chaque époux personnellement. Dans notre cas, ce sera une question de fait : il faudra rechercher l'intention du souscripteur, mais en principe il faudra appliquer la même solution.

78. — Reste une dernière question : un époux a assuré sa vie au profit de son conjoint. Puis, ayant rempli toutes les formalités requises en cas d'aggravation des risques, il part et devient absent au sens légal du mot. Comment le bénéficiaire fera-t-il valoir ses droits ? La question n'est pas spéciale aux rapports conjugaux, mais elle est d'un grand intérêt dans le mariage, en raison de l'article 124, au cas de communauté. Tout d'abord il fera bien en pratique de continuer à payer les primes, l'assurance court toujours en cas d'absence, et si plus tard l'époque de la mort de l'assuré était certaine, mais postérieure au début de l'absence, la compagnie non payée depuis ce jour déclarerait le contrat résolu et garderait les primes sans répétition possible.

Mais quand l'assureur doit-il payer le bénéficiaire ? L'absence n'est pas le décès, et le bénéficiaire ne doit toucher le capital assuré qu'au décès de l'assuré. Nous ne saurions cependant lui refuser, avec M. Patinot (*Rev. prat.*, t. 27, p. 55), le droit d'y prétendre jamais, car le contrat vaut toujours du moment que l'assuré absent ne retracte pas son consentement, et la mort de cet assuré interviendra dans les délais couverts par l'assurance si les primes continuent à être payées.

Faut-il dire avec M. Herbault (1) que le jugement de déclaration d'absence suffit pour donner ouverture aux droits du bénéficiaire, à charge pour lui de donner caution? L'article 123 admet bien sous la même condition tous les héritiers, légataires, donataires et personnes ayant sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès, à les exercer provisoirement. Mais nous refusons d'étendre pareille faveur à notre cas. Toutes les règles de l'absence sont des dérogations au droit commun, car prouver l'absence n'est pas prouver la mort. La mort dans la seconde période de l'absence n'est pas encore présumée d'une manière définitive. D'ailleurs, et c'est là une considération spéciale à notre thèse, si l'absent est un époux commun, le conjoint présent pourra-t-il à la fois considérer l'absent comme mort pour bénéficier de l'assurance (art. 123), et comme vivant pour faire durer la communauté (art. 124)? Ce droit conféré à l'époux présent de prolonger la communauté ne prouve-t-il pas que l'absent n'est pas encore légalement tenu pour mort?

La jurisprudence anglaise n'a pas d'opinion arrêtée sur la question, elle juge d'après les circonstances (2). C'est confier au juge un pouvoir arbitraire, et nous n'y saurions souscrire.

Nous faisons pour nous application à notre cas des articles 127 et 131. Après trente ans d'absence ou cent ans d'âge, toutes les présomptions sont en faveur du décès de l'absent. La communauté ne peut plus durer, on en doit faire le partage. Nous admettons alors le bénéficiaire à toucher le capital assuré (3).

(1) Herbault, n. 165, p. 139. — *Sic*, Pardessus, *Dr. com.*, t. II. 600. Fosse, p. 182.

(2) Aff. Napean V. Doe et aff. Rex V. the inhabitants of Harborne. — *Sic*, Montluc, p. 212.

(3) *Sic*, Merger, n. 175. Persil, n. 284. Quesnault, n. 185. Alauzet, n. 559. Grün et Joliat, n. 408.

Sans doute il n'a pas encore fait sa preuve complète, mais il y a là un cas particulier et digne de faveur, il ne faut pas être plus exigeant que le législateur ne l'est en général. A cette solution certains auteurs font une reproche grave mais non fondé, ils craignent de voir les envoyés en possession *obligés* de payer durant trente ans les primes promises. C'est oublier la règle du paiement facultatif des primes. Chaque année le contrat peut être résolu faute du versement de la prime, le bénéficiaire recevra alors la réserves.

L'assuré revient-il ? L'assureur qui a payé déjà peut revendiquer la somme versée (art. 132) ; le retour de l'absent fait cesser tous les effets de l'absence. Si au contraire on peut par la suite prouver le fait de sa mort avant l'envoi en possession définitive, les primes perçues depuis le jour du decès devront être restituées (1).

(1) *Sic*, Herbault et de Montluc (*loc. cit.*). Mais nous n'autoriserons pas comme eux la compagnie à exiger caution lors du paiement. Cette différence d'opinion est rationnelle. Ils admettent le paiement lors du jugement déclaratif d'absence ; nous le repoussons au jour de l'envoi définitif où « les cautions seront déchargées », art. 129.

## CHAPITRE III.

### RÉCLAMATIONS. — RESTITUTIONS.

79. — L'assurance régulièrement faite s'est régulièrement dissoute : le bénéficiaire désigné a touché le capital assuré. Ne doit-il pas parfois être débiteur à ce sujet, n'y a-t-il pas certaines réclamations légitimes ? Sans doute, le capital indemnité reçu par lui ne constitue pas une donation, il est l'équivalent de la perte qu'il a subie dans la personne de l'assuré. Mais, pour lui acquérir ce droit éventuel, le preneur a payé des primes, dans cette mesure il a joué vis-à-vis de lui le rôle de donateur : il nous en faudra tenir compte. Nous étudierons successivement les droits de la succession, de la communauté et ceux des créanciers.

### SECTION I.

#### DROITS DE LA SUCCESSION.

80. — Un homme, marié sous un régime autre que celui de communauté, a contracté une assurance sur sa vie au profit d'un tiers ou de sa femme Il est mort, et le bénéficiaire a touché le capital. S'il y a eu donation de sa part, les règles générales du Code civil sur le rapport et la réduction doivent s'appliquer. Mais sur quoi ce rapport ou cette réduction doivent-ils porter ?

81. — I. *Sur quoi le rapport et la réduction doivent-ils porter ?*

Nous savons ce que sont le rapport et la réduction.

Le premier est exigé, sauf le cas de dispense, de l'héritier donataire ou légataire du *de cujus* à la succession duquel il vient, au

profit de ses cohéritiers seuls (art. 857), ou de leurs créanciers personnels agissant en leur nom (art. 1166, 843-849). Il consiste à soumettre au partage les valeurs reçues du défunt par cet héritier.

Le droit de demander la réduction appartient aux seuls héritiers réservataires (art. 921), mais il frappe toute libéralité excédant la quotité disponible des articles 913, 1094, ou 1098, suivant que la donation a été faite à un tiers ou au conjoint. Pour calculer cette quotité disponible, on fait masse des biens existant au décès, « on y réunit fictivement *ceux dont il a été disposé* par donations entre vifs », et sur ce total on calcule à quoi ont droit les héritiers réservataires. Le reste a pu valablement être aliéné par le *de cujus*.

82. — Les seules valeurs donc qui peuvent être rapportées ou réduites sont celles dont il a été disposé par le *de cujus*. Dans le cas d'une assurance sur la vie au profit d'un tiers déterminé désigné au contrat primitif, le rapport et la réduction ne peuvent porter que sur les primes, elles seules sont sorties du patrimoine du souscripteur et ont contribué à l'appauvrir. Si donc le bénéficiaire qui touche le capital assuré était le même que celui de la première assurance annuelle, le souscripteur a disposé en sa faveur d'une somme égale au montant des primes. C'est cette somme qu'il doit rapporter, c'est sur elle que doit porter la réduction (1).

Si maintenant celui qui touche le capital assuré est un cessionnaire, un bénéficiaire subrogé postérieurement au con-

(1) *Sic*, de Montluc, p. 176. Couteau, t. II, p. 520, n. 541 et suiv. — *Contrà*, Herbault, p. 237, n. 263 et 263 *bis*. De Caqueray, *Rev. prat.*, t. XVI, p. 204. M. Fosse, admettant notre théorie si l'assurance a été explicitement constituée à titre de gestion d'affaire (p. 225-229), est en principe d'un avis contraire (p. 223). M. Blin (p. 101, 110) fait porter le rapport ou la réduction sur la somme la moins élevée du total des primes ou du capital assuré.

trat, il n'est certainement pas donataire des primes payées antérieurement à sa désignation : que lui a donc donné le souscripteur ? Si l'on se souvient de nos explications sur le mécanisme de l'opération, la réponse est facile (voir n. 30). Le souscripteur n'a pas transmis au nouveau bénéficiaire une créance ferme égale au montant du capital assuré, comme le soutient à tort M. Herbault (1), car *nemo dat quod non habet*. L'assurance est annuelle, les primes précédemment versées étaient consommées, sauf pour la part constituant la réserve, la valeur du rachat. Le nouveau bénéficiaire a donc reçu du souscripteur : 1° la valeur de la dernière prime versée ; 2° la valeur de rachat du contrat lors de la transmission. Depuis il a reçu toutes les primes annuellement versées. C'est sur cet ensemble qu'il faudra faire porter le rapport et la réduction.

Mais le bénéficiaire primitif dans ce cas a reçu lui aussi des primes pendant que l'assurance courait à son profit. Nous ne saurions les imputer au bénéficiaire définitif, car à cette époque il était encore étranger au contrat. Il nous faudra leur faire subir le rapport ou la réduction. C'est dur sans doute vis-à-vis de ce bénéficiaire aujourd'hui abandonné qui n'a pas profité du contrat, mais c'est la loi. Elles sont sorties à son profit du patrimoine du *de cujus*, elles l'ont protégé contre un risque durant un certain nombre d'années, nous ne pouvons alléger son obligation. Il ne vient d'ailleurs qu'en sous-ordre au point de vue de la réduction, le dernier bénéficiaire étant le premier réduit (art. 923). De plus, s'il avait accepté les donations de primes faites à son profit du vivant du disposant, il a eu le droit d'exiger le montant de la réserve lors du changement de bénéficiaire, car les primes versées lui appartenaient en totalité.

(1) Herbault, n, 262, p. 236. — *Sic*, Blin, p. 101.

Si le capital assuré est donné à quelqu'un par le testament du souscripteur, il a été envisagé par ce dernier comme une somme quelconque : c'est sur lui que porteront le rapport et la réduction.

83. — Le rapport s'exécutera en moins prenant ou en abandonnant jusqu'à due concurrence des meubles ou des immeubles de la succession (art. 869). Pour la réduction, on appliquera l'article 923, en considérant chaque prime versée comme une libéralité indépendante et ayant sa date. Nous ferons rentrer avant l'avant-dernière toutes les donations étrangères au contrat faites pendant l'année qui la suit, et ainsi de toutes.

84. — Notre solution est loin de réunir tous les suffrages, et la jurisprudence française admet une théorie tout opposée, conséquence logique de l'application à notre cas de l'article 1121. Suivant elle, quand j'assure ma vie, fut-ce au bénéfice d'un tiers, j'acquiers pour moi-même *une créance ferme, certaine, d'ores et déjà existante*, dont seule l'exigibilité est retardée à une époque incertaine. De mon côté, je *m'oblige* à payer une prime annuelle jusqu'à mon décès. Puis je transfère aussitôt au bénéficiaire ce contrat tel que je viens de le passer, je lui cède cette créance à terme, ferme et certaine contre la compagnie, *égale au montant du capital assuré*. Nous savons combien cette analyse est en contradiction flagrante avec la vérité.

Les conclusions qu'on en tire pour notre cas spécial sont donc parfaitement inexactes et surtout néfastes. La Cour de Besançon (15 déc. 1869, S. 70.2.201) déclare « que cette stipulation à titre gratuit (la désignation du bénéficiaire), annexée à une stipulation à titre onéreux faite pour lui-même (le preneur), constitue de sa part au profit de ses enfants une libéralité indirecte... Comme libéralité, elle reste soumise aux règles du rapport et de la réduction qui atteignent l'un et l'autre tout ce que

les successibles ont pu recevoir directement ou indirectement du défunt ». La même Cour, le 25 juin 1876, déclare « que le capital assuré faisait encore partie des biens du preneur lors de son décès; que la disposition faite par lui en faveur d'E. et de M. M. porte sur le capital lui-même et non sur la prime qu'il s'était obligé de payer à la compagnie ; que le chiffre plus ou moins élevé des primes payées est donc sans influence sur l'objet du débat » (1). Dans tous ces arrêts l'idée au fond est toujours la même. Exprimée comme dans le jugement précité du tribunal de la Seine ou sous-entendue, elle peut se résumer ainsi : le capital assuré est le produit de la capitalisation des primes, partant il constitue bien l'objet donné.

85. — Il me semble qu'au point où nous en sommes rendus dans cette étude, il n'est pas besoin de texte législatif pour trancher la question en notre faveur. Nous dirons donc avec M. Labbé (note, S. 77.1.393) : « Ce qui est donné, *c'est non pas le capital assuré, mais le montant des primes payées par le stipulant*. La ratification du contrat d'assurance par le tiers emporte acceptation de cette libéralité accessoire ». Il suffit d'analyser sérieusement le contrat pour être conduit à cette solution.

La loi belge du 11 juin 1874, art. 43, ne fait porter la réduction et le rapport que sur les versements effectués par l'assuré : c'est ainsi qu'un arrêt de Bruxelles du 5 juin 1875 (*Journal des assurances*, 1876, p. 465) décide que la stipulation relative au paiement du capital a été à tort représentée par les appelants comme constituant une donation réductible à une part d'enfant le moins prenant, du moment « qu'il n'a pas été allégué au

(1) *Sic*, Cass., 10 nov. 74, D. 75.1.248. Req. 21 juin 76, D. 78.1.429. Cass. 7 févr. 77. D.77.1.337.— Montpellier, 15 déc. 73, D. 74.2.101.—Rouen, 6 févr. 78. D. 78.2.189.—Paris, 26 nov. 78, D. 79.2.152.—Trib. civil Seine, 25 juin 75, cité par Couteau, t. II, p. 534.

surplus que les versements effectués par J. de B. pour assurer ledit avantage à sa seconde femme aient excédé la quotité dont il pouvait disposer au profit de celle-ci ». Mais, je le répète, les principes du Code civil exigeraient la même réponse.

86. — II. *Le rapport et la réduction doivent-ils s'appliquer ?*

« Le montant des primes sera selon nous rapportable, réductible. Les primes sont prises sur les revenus de celui qui les paie; mais *elles ne sont pas données* comme revenus et *pour être consommées*. Elles sont données en vue d'une capitalisation. » Telle est à notre question la réponse de M. Labbé. Mais elle est inexacte : le savant professeur admet la théorie de la jurisprudence et voit dans l'assurance une opération de prêt. Si la raison qu'il invoque est bonne dans ce système, elle est sans force contre nous qui admettons, avec M. Vermot, que les primes « ont été consommées et n'ont été données au bénéficiaire que pour être consommées (1) ».

87. — 1° Les primes doivent-elles être rapportées ? M. de Caqueray distingue. Si l'assurance a été contractée au moyen d'un capital une fois donné (prime unique, cas inconnu en pratique), le rapport est dû. Pas de rapport au contraire, s'il y a eu versement de primes annuelles, car elles sont prises sur des revenus qui de toutes manières eussent été dépensés. Cette distinction ne ressort-elle pas clairement des articles 852 et 856 C. civ. ? « L'héritier reçoit une somme qui n'est jamais entrée dans le patrimoine du défunt; c'est bien une donation dont il profite, mais cette donation est due au paiement des primes qui sont présumées prises sur les revenus; dès lors, d'après nous, le rapport ne devrait pas être dû. Le donataire répondrait victorieusement à ses cohéritiers : le défunt, s'il n'eût pas fait le contrat

(1) Vermot, *Moniteur des assurances*, t. XI, n. 129, p. 187.

d'assurance, s'il n'eût pas payé les primes chaque année, aurait dépensé ses revenus ; dès lors je ne dois pas le rapport d'une valeur qui ne m'a pas été procurée au détriment de la succession et du patrimoine du défunt (1). »

Cette théorie ne me convainc pas tout à fait. En principe toute libéralité même indirecte est soumise au rapport (art. 843, 919, 1595). — Je ne vois nulle part cette nécessité de distinguer suivant qu'elle a été prise sur le capital ou le revenu du donateur. — L'article 852 dispense du rapport les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et présents d'usage. Si en général ces sommes sont prises sur les revenus du disposant, il faudrait admettre encore la même solution, lors même qu'elles l'eussent été sur le capital, car l'article ne distingue pas. — Quant à l'article 856 faisant bénéficier le donataire sujet à rapport des fruits et intérêts de l'objet donné jusqu'à l'ouverture de la succession, il est étranger à la question ; sans lui la donation eût appauvri le donataire au lieu de l'enrichir.

88..... Quelles sont donc les raisons qui ont fait admettre le rapport dans nos lois (2) ? L'intention chez le législateur et chez le disposant de maintenir l'égalité entre les successibles. Pour soumettre une donation au rapport, deux éléments sont essentiels : l'appauvrissement du disposant, l'enrichissement du donataire ; ces deux éléments doivent être réunis. Or ici peut-on dire, il n'y a pas eu appauvrissement pour le premier, les primes étant prises sur les revenus ; il n'y a pas eu enrichissement pour le

(1) De Caqueray, *Rev. prat.*, t. XVI, p. 203. — *Sic*, Demante, t. III, p. 281, n. 188 *bis*-I. Couteau, t. II, p. 544, n. 553. M. Labbé (*loc. cit.*) professerait la même théorie sans l'idée inexacte de capitalisation. Voir Aubry et Rau, t. VI, § 631, note 34, p. 631.

(2) Voir Patinot, *Rev. prat.*, t. XXVII, p. 50, Aubry et Rau, t. VI, p. 610, § 628.

second, qui n'a pas reçu les primes, puisqu'elles ont été annuellement dépensées, consommées, et non capitalisées.

En principe, à mon sens, même prise sur les revenus, une donation peut être rapportable. Le donateur eût dépensé ces sommes *lautius vivendo*, dites-vous. — Ce n'est pas certain. C'est un homme économe et prudent, il le prouve en contractant l'assurance. N'aurait-il pas pu épargner partie de ses revenus pour les donner en bloc : cette donation n'eût pas échappé au rapport. De plus, si je comprends bien la dispense de rapport en présence d'une donation peu importante et unique, je suis plus perplexe s'il s'agit d'une libéralité périodique et annuelle. Sans doute ce sera fort souvent contraire à l'intention des parties ; mais nul n'est censé ignorer la loi. Le disposant n'avait qu'à vouloir pour rendre cette dispense certaine ; s'il n'a pas parlé, le rapport devrait donc être dû (1). Seulement nous sommes ici en présence d'une libéralité accessoire à un contrat à titre onéreux. Nous n'appliquerons pas l'article 919 C. civ. exigeant un dispense de rapport expresse dans l'acte même ou dans un acte postérieur authentique. — Presque toujours l'intention de dispenser du rapport sera évidente, et comme les libéralités indirectes sont dispensées des formes requises d'ordinaire pour les donations, nous en arriverons fort souvent à dispenser du rapport le bénéficiaire donataire des primes (2).

89. — 2° Au point de vue de la réduction, M. de Caqueray ne l'admet point en principe. « En effet, les donations qui sont faites sur les revenus ne doivent pas entrer en ligne de compte pour déterminer la quotité disponible. » « La réduction, dit de même M. Demante, n'ayant pour but que de procurer aux héri-

(1) De Montluc, p. 185. La loi Belge (art. 43) l'admet.

(2) Voir Aubry et Rau, t. VI, § 631 et 632, texte et notes 7, 17 et 19, p. 621, 638-645.

tiers le recouvrement de ce qu'ils trouveraient dans la succession si les donations excessives n'avaient pas eu lieu, on doit en conclure que certaines libéralités qui échappent à l'obligation du rapport comme prises sur les revenus (voir art. 852) échapperaient également à la réduction (1) ». Ces auteurs invoquent à l'appui de leur théorie les articles 928 et 1527, *in fine*. Le premier, autorisant le donataire soumis à réduction à conserver les fruits perçus avant le décès du disposant tout au moins, est le pendant de l'article 856, il est étranger à notre question. Le second, ne voyant pas dans les simples bénéfices prélevés entre époux sur le paiement des travaux communs ou les revenus respectifs « un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit », ne doit pas être non plus invoqué ici, car le législateur envisage les actes ordinaires de la société conjugale comme des contrats onéreux. Ces deux articles étant écartés, l'article 920 reste, soumettant sans distinction toutes les donations à la réduction. Il faudra l'appliquer ici.

90. — Les règles générales que nous venons d'exposer sur la réduction doivent encore être respectées au cas d'une donation faite par l'un des époux à l'autre, il faudra seulement tenir compte des articles 1094 et 1098 spéciaux à la matière. Là encore la réduction devra se faire, mais seulement sur les primes. Un arrêt d'Amiens du 25 févr. 1880 (D. 82.1.97. — S. 81. 1.337, note Labbé), déjà cité, va nous montrer le désarroi profond de la jurisprudence et les conséquences extrêmes où elle arrive.

Un homme marié pour la seconde fois sous le régime de la communauté réduite aux acquêts contracte sur sa tête une assurance de 100,000 fr. au profit de sa femme. Dans ce cas,

(1) De Caqueray, *loc. cit.*, p. 204, 205. Demante, t. IV, p. 132, n. 58 *bis*. — *Sic*, Demolombe, *Donat.*, t. II, n. 312 et suiv. p., 347.

nombre d'arrêts font tomber le bénéfice de l'assurance dans la communauté ; au cas d'acceptation de la femme, le mari n'est donateur que pour moitié. Fort de cette théorie, un fils né du premier lit voulait calculer la quotité disponible de l'article 1098 sur la succession de son père augmentée de la moitié du capital assuré, soit 50,000 fr. La veuve prétendait ne faire porter ce calcul que sur le montant des primes. Tous deux avaient tort, les juges le leur firent bien voir. « Considérant que, la libéralité émanant directement du mari, la somme qui en fait l'objet doit, aux termes des articles 920-922 C. civ., être rapportée fictivement à sa succession et subir en faveur des héritiers réservataires la réduction aux limites de la quotité disponible », ils firent tomber le capital assuré dans la succession du mari insolvable et, appliquant l'article 1098, donnèrent 25,000 fr. à la femme : l'enfant eut 75,000 fr d'un contrat qui n'était pas fait pour lui.

Même en nous plaçant au point de vue de la jurisprudence, nous avons le droit d'être surpris d'une telle décision. En effet, ou le mari a agi comme époux commun, et partant pour moitié comme mandataire de la femme : la femme acceptante n'est donataire que de l'autre moitié ; ou il agit en son nom propre et il doit récompense à la communauté de ce qu'il lui a pris pour acquitter une dette personnelle : la femme a droit à la moitié de cette récompense, c'est-à-dire, avec le système de la capitalisation, à la moitié du capital assuré. Dans tous les cas elle devait prendre 50,000 fr. comme commune et 12,500 fr. représentant la donation du mari réduite au quart. « De toutes façons est réduit à moitié ce qui de la donation doit figurer dans la succession du mari pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, spécialement pour l'application de l'article 1098 (1). » Les magis-

(1) Labbé, S. 81.1.337, et *France judiciaire*, 1er nov. 81, p. 1-8.

trats d'Amiens en ont pensé autrement. Peut-être est-ce la part minime donnée alors à l'enfant qui a influé sur leur décision. Mais l'article 1098 est étranger au partage égal de la communauté entre conjoints binubes : l'enfant d'un premier lit ne saurait bénéficier des produits de l'industrie des époux durant le second mariage.

Pour nous, la réduction se fût opérée sur le montant des primes versées, envisagées comme des donations successives et indépendantes.

## SECTION II.

### DROITS DE LA COMMUNAUTÉ.

91. — Si l'assurance a été contractée à l'ordre d'un époux commun, le capital assuré tombe, nous le savons, dans la communauté. Il ne peut être ici question de recompense : la communauté est propriétaire, ses créanciers peuvent être payés sur ce capital, chaque époux en prend moitié, et la femme renonçante n'y a aucun droit.

92. — Un bénéficiaire a été désigné lors du contrat ou même postérieurement, la communauté, eût-elle payé les primes, n'a aucun droit au capital assuré (n° 44). Mais elle a payé pour le mari stipulant, ce dernier lui doit-il récompense ? Oui, si le bénéficiaire désigné est son héritier. Non, si c'est un tiers quelconque ou l'autre époux. La femme bénéficiaire lui doit-elle récompense ? Non, parce qu'il y a eu donation.

93. — Quelle est en notre code la base de la théorie des récompenses ? C'est l'article 1437 : « Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un immeuble à lui propre ou le rachat de services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou

l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense ». Aucune partie du patrimoine commun ne doit être employé définitivement à l'enrichissement d'un des époux, il doit restituer ce que la communauté lui a fourni, et la seule question délicate consiste à apprécier le montant de la restitution à faire.

L'époux est tenu dans la mesure de son *profit personnel*, disent les uns, le profit retiré par lui détermine le maximum de la récompense due à la communauté. Le surplus du déboursé a été dissipé par le mari qui en avait le droit : il n'est dû de récompense qu'en cas d'enrichissement, et il n'y a enrichissement que jusqu'à concurrence du profit (1). Nullement, disent d'autres auteurs, l'époux est tenu non dans la mesure de son enrichissement, mais dans la mesure où il a profité, c'est-à-dire dans la mesure du déboursé fait par la communauté : s'il ne s'est pas enrichi du tout, du moins en a-t-il profité ; « il rend ce qu'il a pris, la communauté reprend ce qu'elle a avancé..., le profit dont parle la règle consiste dans la somme que l'époux a prise dans cette communauté, il est donc débiteur de cette somme à titre de récompense (voir Arg. d'anal. art. 1408) (2) ».

94. —Laissons de côté cette controverse et entrons dans le vif de la question. Supposons un mari assuré au profit de sa femme. Il a payé les primes des deniers communs, il en avait le droit d'après l'article 1422. La femme doit-elle récompense ?

MM. de Caqueray et de Folleville (3) distinguent selon que les primes ont été payées sur les revenus ou avec les capitaux de

(1) Colmet de Santerre, t. VI, n. 84 et 84 *bis*-II et III, p. 208. Pothier, *Communauté*, n. 613.

(2) Laurent, t. XXII, n. 478, p. 496.

(3) De Caqueray. *Rev. prat.*, t. XVI, p. 202. De Folleville sur Herbault, p. 228, n. 257 *bis*.

la communauté. La récompense, qui serait due au second cas, ne le serait pas dans le premier. A l'appui de leur thèse, ils invoquent les articles 1409-4° et 1473. Le premier met à la charge de la communauté les réparations usufructuaires des immeubles propres ; le second ne fait courir les intérêts des récompenses au profit de la communauté qu'à partir de sa dissolution. Nos auteurs en concluent qu'il n'est jamais dû récompense que quant au capital puisé dans la communauté. C'est à tort, croyons-nous. Ces dispositions tiennent uniquement à ce que la communauté, usufruitière des propres, doit supporter les frais de jouissance. La distinction de M. de Caqueray tombe donc d'elle-même : si nous appliquons ici l'article 1437, nous exigerons toujours une récompense, cela même en cas d'assurance mutuelle.

Non, nous disent certains jurisconsultes (1). Sans doute il y a ici un contrat à titre onéreux, mais l'article 1437 est inapplicable, parce que ce n'est pas le contrat qui rompt l'égalité entre les époux, mais le sort favorisant le survivant. Qu'importe, répond fort justement M. Lyon-Caen (S. 77.2.33, note) : « L'article 1437 ne distingue nullement entre le cas où le profit réalisé par un époux résulte du sort et celui où il a sa source exclusivement dans le contrat. D'ailleurs, dans l'espèce, il est faux de dire que le bénéfice réalisé par le survivant a sa source dans le sort et non dans le contrat. Il résulte au contraire directement de la stipulation jointe à l'assurance sur la vie qu'un bénéfice doit être réalisé par un époux, celui qui survivra ». S'il y a là un contrat à titre onéreux, le survivant doit nécessairement récompense.

95. — Pourquoi dès lors de nombreux auteurs dispensent-ils

(1) Troplong, *Contr. de mariage*, 1200 ; *Rente viagère*. art. 1973, n. 254. Zachariæ, Massé et Vergé, t. V, § 747, texte et note 7. Verdier, *Rev. prat.*, t. XLI, p. 27 et suiv. Bouniceau-Gesmon, *Rev. prat.*, t. XXI, p. 290 et suiv.

la femme bénéficiaire de récompense envers la communauté ? « La femme, dit Herbault (1), ne doit aucune récompense. La loi ne l'impose pas, et en décider autrement ce serait violer l'intention des parties. » « Il est bien entendu, dit encore M. Comtois, que dans aucun cas la femme ne doit de récompense à la communauté. » C'est que, différant sur la quotité donnée, tous ces auteurs s'accordent à voir dans l'assurance non un contrat à titre onéreux, mais une libéralité. Le mari n'a pas voulu donner la différence entre le capital de l'assurance et le montant des primes payées durant le mariage. Usant du droit que lui confère l'article 1422, il a voulu, aux dépens des deniers communs, assurer à sa femme, comme il aurait pu le faire pour un tiers, la totalité de la somme. L'article 1437 est étranger à notre cas. « Les libéralités, dit M. Lyon-Caen, ne donnent jamais lieu à récompense. S'il en était autrement, il n'y aurait point de libéralité véritable entre époux communs en bien, les récompenses dues au donateur ou à la communauté seraient la destruction même des donations, elles constitueraient en quelque sorte des restitutions de choses données, faites par le donataire au donateur. » Il y a eu donation annuelle du mari à la femme d'une somme égale au montant de la prime. Celle-ci ne doit pas récompense.

Mais le mari n'a pas exprimé sa volonté de dispenser la femme de récompense, d'user à son profit du droit inséré dans l'article 1422, faudra-t-il dès lors, avec M. Méline (2), soumettre la femme à l'obligation de donner récompense, à moins que l'intention libérale du mari ne résulte « d'une clause expresse de la police elle-même ou d'un acte postérieur » ? Nous ne le

(1) *Loc. cit.*, n. 268, p. 243. Comtois, *Rev. not.*, 1880, n. 6011, p. 347. Blin, p. 128. Fosse, p. 238. Labbé, S. 77.1.337. Lyon-Caen, S. 77.2.33. Levillain, D. 79.2.25.

(2) Méline, *Rev. not.*, 1873, n. 4453, p. 803.

croyons pas, l'opération témoigne suffisamment à notre sens de cette intention. Il y a là une série de dons manuels, car rien n'obligeait chaque année l'assuré à payer les primes ou, ce qui reviendrait au même, à remettre au bénéficiaire une somme égale au montant de la cotisation : l'intention libérale n'en ressort-elle pas évidente ? Aussi, quoique admettant la théorie de la jurisprudence, les auteurs précités n'exigent-ils pas de récompense.

96. — Dans notre système de la gestion d'affaires, l'intention libérale est parfaitement admissible et peut se présumer. Pothier examinait déjà la question de son temps. Peut-on, se demandait-il, présumer une donation faite par le gérant au maître, et consistant dans la renonciation qu'il ferait à recouvrer ses impenses ? « Il faut établir pour principe qu'elle ne doit pas l'être facilement, suivant la règle *Nemo donare præsumitur*... Il y a plusieurs espèces de circonstances, lesquelles, seules et prises séparément, ne pourraient pas faire présumer que celui qui a fait l'affaire d'une personne l'a faite avec l'intention de n'en pas répéter les frais, mais qui, étant réunies, peuvent former cette présomption (1). » Tels sont les cas où le gérant est rattaché au maître par les liens du sang ou de l'amitié, celui où le gérant n'a jamais, durant une longue vie, réclamé ses impenses, etc.— Or toutes ces circonstances sont réunies ici pour prouver l'intention libérale : il y a eu véritable libéralité en ce qui concerne les primes. Et cette libéralité ne rend pas le quasi-contrat de gestion imparfait, le gérant n'a plus de droit contre le maître, mais « la gratuité de sa gestion n'altère point les obligations qui lui sont imposées comme gérant. Elles doivent seulement, en cas de mauvaise gestion, être appréciées avec d'autant plus de modération que son administration a été gratuite (2). »

(1) Pothier, *Quasi-contrat negotiorum gestorum*, n. 196 et 197
(2) Larombière, *Obl.*, t. V, p. 574, art. 1372, note 19.

97. — Si l'assurance a été faite par la femme avec les deniers communs, la communauté aura-t-elle droit à une récompense? Nous le croyons. Si l'article 1422 autorise le mari à disposer des biens communs, il n'en est plus ainsi de la femme, même autorisée par son mari. Si le bénéficiaire est un tiers, le mari, en donnant son autorisation, a engagé la communauté, mais l'intention libérale n'est plus évidente de sa part. Récompense sera donc due par la femme à la communauté. Il en serait *à fortiori* de même si le bénéficiaire désigné était le mari. S'il n'y a pas eu désignation de bénéficiaire, la communauté profitera de l'opération (1).

98. — Sur quoi pourrait porter la récompense due d'après certains auteurs par l'époux bénéficiaire? Evidemment sur toutes les primes payées durant le mariage, si l'époux a été bénéficiaire du contrat pendant toute sa durée ; sur les primes payées depuis sa désignation et sur la valeur de rachat à cette époque, s'il a été désigné au cours du mariage. La question ne saurait faire de doute (2).

99. — Mais je suppose que le mari, ayant contracté une assurance à son ordre, en lègue le bénéfice à son conjoint. La situation est tout autre. Le capital n'est plus ici considéré comme une indemnité, il était tombé dans la communauté, il est légué par un époux à l'autre comme une somme d'argent quelconque. Il ne peut être ici question de récompense, on appliquera l'article 1423. La libéralité s'exécute « sur la part des héritiers du mari dans la communauté et sur les biens personnels de ce dernier ». C'est là, dit-on (3), un résultat bizarre. « Supposons,

(1) Couteau, t. II, p. 558, n. 563. Patinot, *Rev. prat.*, t. XXIX, p. 95. Voir Comtois, *Rev. not.*, 1880, p. 349.

(2) Ruben de Couder, note. S. 83.2.33. Dans le même sens, Grenoble, 2 fevr. 82. S. 82.2.106.

(3) Couteau, t. II, n. 567, p. 568. Comtois, *Rev. not.*, 1880, p. 348.

dit M. Couteau, une assurance de 50,000 fr. et une communauté de 100,000 fr. Dans le premier cas : donation, la femme prend le capital assuré, 50,000 fr., et la moitié de la communauté 50,000 fr., soit 100,000 fr. Dans le second cas : legs, la communauté, comprenant le capital assuré, s'élève à 150,000 fr., dont la femme prend moitié comme commune, soit 75,000 fr., plus 50,000 fr., comme légataire, en tout 125,000 fr. Cela est évidemment contraire à l'intention des parties. » Cela n'est pas du tout évident. Il y a là deux opérations bien distinctes, rien d'extraordinaire à ce qu'elles aient des effets différents.

100. — Quelle est, en matière de récompenses, la théorie de la jurisprudence ? Comme sur bien d'autres points, elle est fort hésitante. Dans l'affaire Théodat précitée (V. n° 72), la Cour de Douai et la Cour de cassation avaient dispensé la femme de faire récompense : « elle recueille le capital assuré à titre de libéralité, même en renonçant à la communauté, elle n'est pas tenue de rembourser à la faillite du mari les primes qu'il a versées, soit qu'elles aient été fournies par le mari sur ses fonds personnels, soit qu'elles l'aient été sur les deniers communs ». « Il résulte de toutes les circonstances de la cause que D. a voulu attribuer à sa femme le plein et entier bénéfice de l'assurance sans qu'elle fût tenue d'aucune récompense (1). »

Malheureusement tous les tribunaux ne jugent pas de même. « Attendu, dit le tribunal de Meaux (2), que les 10,000 fr. n'ont pas été acquis par la dame B. pendant le mariage et ne doivent pas tomber dans la communauté ; qu'ils lui appartiennent à titre de propres (très exact jusqu'ici) ; mais que, se les étant

(1) Trib. civil Seine, 16 fevr. 82. *Journal des assurances*, 1882, p. 458. — *Sic*, Rouen, 6 fevr. 78, D. 78.2.189. — Paris, 26 nov. 78, D. 79.2.152. — Rennes, 23 juin 79, D. 79.2.155.

(2) Meaux, 8 mars 77, *Rev. not.*, n. 5485. — *Sic*. Trib. Charleroi, 9 mai 74. Clermont, 16 mai 79. Couteau, t. II. p. 590, n. 575.

procurés à l'aide d'argent fourni par la communauté, elle doit récompense à cette dernière du montant des primes ainsi que des frais accessoires du contrat, qui en ont été tirés à son profit personnel. » Un arrêt de Nancy du 21 janvier 1882 (D. 82.2. 174), quoique arrivant à la même conclusion en raison des faits spéciaux de la cause, apprécie néanmoins plus sainement les principes. « Attendu, dit la Cour, que l'appelante est tenue en principe de fournir la récompense demandée, à moins que son mari n'ait expressément ou *implicitement* voulu l'exonérer de cette charge. Mais attendu que, d'après les faits de la cause et la situation pécuniaire des deux époux, il y a lieu de croire, *dans l'espèce*, que le docteur B. n'a entendu donner en définitive à sa femme que le bénéfice net de la différence existant entre le total des primes payées et le capital, quel qu'il fût, exigible de la compagnie. » Nous souscrivons parfaitement à cet arrêt, sauf quelques critiques de rédaction peut-être. Si en général l'intention du mari est de dispenser la femme de faire récompense, elle peut être contraire : les tribunaux ont le droit et le devoir de la rechercher.

101. — Avant de passer à la section suivante, disons un mot rapide sur une dernière question. Le capital assuré peut-il servir à l'exercice par les époux de leurs reprises ? Sans nul doute, s'il tombe en communauté, au cas par exemple où il a été souscrit à l'ordre du preneur, époux commun. Mais jamais, s'il appartient à un des époux bénéficiaire désigné (la jurisprudence y voit elle-même un propre de cet époux), sauf pourtant le cas où les reprises peuvent s'opérer sur les biens personnels de ce conjoint (art. 1472).

Une solution de la Régie du 4 novembre 1878 est contraire : « Le capital assuré doit rester en dehors des prélèvements, si les valeurs existant dans la communauté au jour de la dissolution suffisent à l'exercice des reprises des deux époux ; mais lorsque

les biens existant au décès présentent une valeur inférieure à celle des reprises, on peut admettre que l'excédent de reprises se trouve représenté jusqu'à due concurrence par la somme que les époux ont acquise de la compagnie d'assurances ». Fort heureusement ce système est tout d'imagination et n'a rien de juridique. Il prétend s'appuyer sur l'intention des contractants, mais cette intention est très claire. Le mari aurait pu faire l'opération indiquée par la Régie et avantager ainsi ses héritiers; il en a fait une autre, toute au bénéfice de la femme : voilà la réalité des faits.

## SECTION III.

### DROITS DES CRÉANCIERS.

102. — Le patrimoine du débiteur est le gage commun de tous ses créanciers (art. 2092 et 2093). Si ce débiteur est un homme marié sous le régime de la communauté, il oblige en s'obligeant le patrimoine commun (1409); si c'est une femme commune autorisée de son mari, les trois patrimoines de la communauté et des deux époux répondent de sa dette (art. 1419). Mais encore faut-il que le bien sur lequel les créanciers prétendent se payer soit dans le patrimoine obligé. Or l'homme considéré comme valeur ne leur appartient pas, ils n'ont aucun droit sur lui, la contrainte par corps elle-même est supprimée, en aucun cas ils ne peuvent le forcer à travailler pour eux (voir n° 29). Ils n'ont donc pas en principe droit à l'indemnité représentative de cette valeur. Voyons quels sont en général les droits des créanciers.

103. — A. Ils ont un droit sur le patrimoine de leur débiteur, dès lors, quand le capital assuré tombera dans ce patrimoine, ils y pourront prétendre. Or il y tombe quand il a été souscrit à l'ordre du souscripteur. Si ce dernier était un époux marié sous

la communauté, les créanciers de la communauté seraient payés sur le capital (art. 1401,1402). Dans ce cas, l'assuré a mis sa valeur économique au service de son patrimoine, pour qu'à sa mort tous ceux qui avaient des droits sur ses biens pussent trouver un capital pécuniaire le remplaçant: l'indemnité tombe dans son patrimoine, dans la communauté, les créanciers du défunt en profitent (1), ils peuvent faire une saisie-arrêt entre les mains de la compagnie, demander la séparation des patrimoines, etc.

104. — Mais il en est tout autrement si l'assurance a été souscrite au profit d'un tiers déterminé (ou, d'après nous, au profit d'un groupe d'individus désignés, voir n. 58), fût-ce un des créanciers (2). Le débiteur, dans ce cas, a affecté sa valeur personnelle au service de ce tiers. Il a, comme gérant d'affaires, assuré sa propre vie au profit de cette personne, comme il eût pu assurer contre l'incendie un bien à elle appartenant. Le capital assuré appartient alors au bénéficiaire, non à l'assuré: les créanciers de ce dernier n'y ont aucun droit.

(1). Il en serait de même si le bénéficiaire spécialement désigné, heritier du *de cujus* assuré, acceptait purement et simplement sa succession, car il prendrait à sa charge, comme continuateur de la personne, toutes les dettes de son auteur.

(2) Angers, 28 déc. 1881, D. 83.2.105. C'est pour lui une sûreté spéciale ne diminuant pas le patrimoine du débiteur; mais cette sûreté est fragile, le retrait du consentement de l'assuré la ferait tomber. On appliquerait alors l'article 1188. La police peut aussi être remise en gage à un créancier pour se faire payer le montant de sa créance sur le capital assuré. Le débiteur lui reconnaît par là un intérêt à son existence jusqu'à concurrence de cette somme.

La situation, analogue à celle où le créancier est bénéficiaire ou cessionnaire, n'est cependant pas identique, car ici l'intérêt du créancier cessera dès que sa créance sera éteinte. S'il est au contraire bénéficiaire ou cessionnaire, l'intérêt survit à l'extinction de la dette, et le créancier pourra encore toucher le montant intégral du capital assuré, sauf si les termes de la police y sont contraires.

105. — Un savant professeur, M. Rozy, s'indigne contre un tel résultat. A propos de l'arrêt d'Aix précité du 16 mai 1871 (voir n. 55), il a publié un réquisitoire véhément contre notre théorie (1). « Il était de mon devoir, dit-il, de pousser un cri et de protester. En France, les contrats d'assurances sont peu connus, on s'en méfie...; ce serait encore augmenter la répulsion instinctive de bien des personnes et l'augmenter ici, hélas, avec raison, que de les présenter... comme un moyen légal et juridique de créer une valeur que l'on peut soustraire à ses créanciers » (*loc. cit.*. p. 272).

Au point de vue de la conscience, dit M. Rozy, admettrons-nous les héritiers bénéficiaires désignés à toucher le capital assuré au détriment des créanciers héréditaires : « Qui pourra constater un pareil fait sans tressaillir un peu ? C'est que les fibres intimes de nos sentiments moraux ont été atteintes. Mais les créanciers n'ont pas dû compter sur ces ressources. Qu'importe, elles existent, elles doivent passer dans leurs mains. L'héritier n'est autre que le débiteur lui-même (p. 264). » — Pardon, il y a confusion. Ce n'est pas comme héritier, successeur et continuateur de la personne, qu'il touche le capital, mais comme bénéficiaire désigné. Votre argumentation serait excellente si le capital assuré se trouvait parmi les biens du *de cujus*, lors de son décès, car *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno ;* mais c'est ce que je nie avec la presque unanimité des auteurs et de la jurisprudence : il appartient en propre à l'héritier, et si celui-ci demande le bénéfice d'inventaire, il est moral et juridique de ne pas le soumettre aux réclamations des créanciers héréditaires.

M. Rozy aborde ensuite les arguments de droit. — D'abord il nous accuse de prêter à l'assuré une volonté qu'il n'a jamais

(1) *Revue critique*, nouv. série., t. II, p. 257-272.

eue. « Ce n'est pas un égoïste, dit-il, puisqu'il se dépouille pour sa famille ; pourquoi lui supposez-vous l'intention de frauder ses créanciers ? » — Mais nous ne supposons nullement cela ; seulement sa valeur propre n'était engagée au profit de personne, il n'a pas fraudé ses créanciers en en disposant au profit de ses héritiers. Puis, continue notre adversaire, cette volonté est rien moins que certaine : la formule est tout imprimée, on la signe sans grande attention. Ce n'est pas là un argument : les parties doivent en général savoir ce qu'elles font, et on ne doit pas présumer le contraire. Les clauses imprimées doivent avoir le même effet obligatoire que les clauses manuscrites C'est un principe universellement admis.

Mais a-t-on le droit de négliger les créanciers au profit de successeurs quelconques ? « S'ils sont antérieurs au contrat, l'assuré, en payant les primes souvent assez chères à la compagnie, diminue son avoir, c'est-à-dire le gage de ses créanciers... ou ils sont postérieurs au contrat d'assurance. Eh bien, est-ce qu'ils ne pourront pas aussi avoir été trompés dans le cas où les héritiers l'emportent sur eux... ? Ils ont ajourné leurs espérances jusqu'au moment de la dévolution des biens. A-t-on le droit de les tromper si cruellement (p. 266-267) ? » — Toujours même erreur. *Nemo liberalis nisi liberatus*, c'est vrai, mais encore faut-il que le bien donné pût être le gage des créanciers, fût dans le patrimoine du débiteur.

Aussi M. Rozy s'efforce-t-il de démontrer que le capital assuré doit être compté au nombre des biens du *de cujus*. Pour cela il montre ses adversaires divisés sur la manière d'expliquer le droit propre et initial du bénéficiaire au capital assuré. Pour MM. Deloynes et de Caqueray, l'opération consiste en une donation entraînant dessaisissement conditionnel. Pour M. l'avocat général Onofrio, c'est une libéralité indirecte. Pour M. Descoutures, il y a dessaisissement actuel lors du contrat. L'arrê-

tiste de Sirey (73.2.65) y voit « une simple offre de donation ». — Puis raisonnant à son tour, il prouve qu'avec l'article 1121 le capital assuré traverse nécessairement le patrimoine de l'assuré. Pour pouvoir l'invoquer, « il faut que nous trouvions dans ce contrat une stipulation pour l'assuré ; autrement celle faite pour autrui, pour le bénéficiaire du contrat, ne serait pas valable... L'assuré n'est donc pas complètement dessaisi, tant s'en faut, il a une valeur pour laquelle il est assuré d'une action ; il est donc le maître de cette valeur, et qu'est-ce à dire, si ce n'est qu'elle est dans son patrimoine ».

106. — Facile triomphe auquel nous applaudissons, mais qui ne profitera guère aux créanciers. Oui, le système de la jurisprudence est inexact : avec l'art. 1121, on décompose fatalement l'opération en deux contrats distincts, achat et donation, quoique contenus dans le même acte. Ils portent tous deux exactement sur le même objet, partant on ne peut échapper à l'art. 1119, nous le savons. La logique voudrait, avec M. Rozy, qu'on fît tomber dans le patrimoine de l'assuré le bénéfice d'une assurance quelconque contractée par lui au profit de qui que ce soit.

Mais il en est tout autrement dans la théorie de la gestion d'affaires. La loi et l'intention des parties sont respectées. Les créanciers du gérant n'ont aucun droit sur le capital indemnité qui appartient au maître pour lequel leur débiteur agissait. Ceci est d'évidence, s'ils sont devenus créanciers postérieurement au contrat primitif. Ce n'est pas moins vrai, s'ils l'étaient auparavant. En effet, ils n'avaient aucun droit sur la personne de leur débiteur, ils n'en peuvent avoir davantage sur l'indemnité représentative de cette valeur.

107. — Du moins en ont-ils sur les primes payées par lui et diminuant d'autant son avoir? Il faut distinguer. En payant la

prime, le souscripteur faisait chaque année une offre de donation au bénéficiaire. Si ce dernier ne les a pas acceptées avant la mort du stipulant, « la donation n'a pas été parfaite du vivant du donateur, l'objet donné n'a pas quitté le patrimoine du donateur avant l'ouverture de la succession, les créanciers du donateur peuvent exiger que, sur le capital de l'assurance, le montant des primes payées soit restitué à la succession dans la mesure de ce qui leur est dû » (Labbé, S. 77.1.393).—Mais cette offre devient donation parfaite par l'acceptation du bénéficiaire, et cette acceptation n'est pas soumise aux formes rigoureuses de l'art. 932. Ces libéralités constituent, en effet, des dons manuels, et d'ailleurs sont jointes à un contrat à titre onéreux : il suffira donc à notre sens de la signature du bénéficiaire sur la police, pour parfaire de sa part une acceptation générale de toutes les primes payées pour lui. Dès lors, ou le souscripteur a aliéné les primes de bonne foi, et ces libéralités échappent à l'action des créanciers, ou il a par là aggravé sciemment son état d'insolvabilité, et ils ont la ressource de l'art. 1167. C'est l'application du droit commun.

108. — Dans aucun cas, on ne saurait trop le répéter, les créanciers du stipulant ne peuvent être payés sur le capital assuré, propriété du bénéficiaire. C'est ainsi que le tribunal de Saint-Quentin(1) a refusé, le 11 mai 1864, aux créanciers d'un mari le droit de se faire rembourser sur la somme assurée par lui au profit de sa femme, celle-ci se fût-elle engagée vis-à-vis d'eux solidairement avec son mari, le fait d'avoir soumis au régime dotal tous ses biens présents et à venir l'ayant empêché de contracter valablement.

109. — B. Mais les créanciers ne peuvent pas seulement faire

(1) *Rev. notariat*, n. 950. Molineau, *Rép analyt.*, n. 35.

vendre à leur profit les biens existant dans le patrimoine de leur débiteur, ils peuvent, en général, exercer à sa place les actions qui lui compètent pour l'enrichir. C'est là une conséquence logique de l'art. 2092, elle est déduite par l'art. 1166 : « Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, *à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* ».

Y a-t-il un droit plus attaché à la personne que le droit conféré par l'assurance, puisque le capital assuré représente la valeur de l'homme lui-même ? Le souscripteur pourra donc toujours abandonner, malgré ses créanciers, un contrat d'assurance en cours; ceux-ci ne pourront pas le continuer malgré lui, fût-il même tombé en faillite, et l'assurance eût-elle été contractée à son ordre.

110. — Mais le débiteur n'est pas toujours de bonne foi, la loi a prévu le cas : l'article 1167 autorise les créanciers à faire tomber les actes faits en fraude de leurs droits. Appliquons cet article à l'assurance sur la vie.

Quelle est ici la fraude possible donnant ouverture à l'action Paulienne ? Il y aura fraude, lorsque le débiteur augmentera sciemment son insolvabilité en payant des primes à la compagnie. Qu'obtiendront alors les créanciers ? Le remboursement des primes indûment payées, voilà tout. Le but de l'action Paulienne est en effet de faire tomber l'acte frauduleux, de restituer au patrimoine du débiteur, gage commun de ses créanciers, ce qui en est frauduleusement sorti. Seules les primes sont sorties de ce patrimoine, seules donc elles y doivent rentrer. Jamais les créanciers ne pourront ainsi bénéficier du capital assuré; que celui qui en profitera soit bénéficiaire initial ou cessionnaire, peu importe. Qu'est-ce en effet que ce capital ? L'indemnité représentative de l'homme valeur détruit. Or la

chose assurée n'était pas dans le patrimoine, ce n'est pas un bien au sens strict du mot. Le débiteur peut disposer librement de cette valeur, l'eût-il même tout d'abord consacrée à son patrimoine, de telle sorte que ses créanciers en pussent profiter, qu'il peut encore en faire bénéficier un tiers. Il y a donation cependant dans ce transfert en ce qui concerne la valeur de rachat et les primes ultérieurement payées : les créanciers peuvent se faire restituer ces sommes par l'article 1167.

114. — Pour exercer cette action, que doivent prouver les créanciers? Une fraude, cela est d'évidence. Mais de la part de qui ? La jurisprudence distingue. Y a-t-il eu cession : à ses yeux le souscripteur, ayant acquis une créance ferme, certaine, la transmet par donation à un tiers, c'est une libéralité égale au montant du capital assuré: « Les créanciers de l'assuré pourraient attaquer cette libéralité comme faite en fraude de leurs droits, et ici ils attaqueraient... le tiers bénéficiaire qui, lui, *certat de lucro captando;* on n'aurait donc pas besoin de prouver qu'il a été *conscius fraudis* » (1). Nous avons trop de fois démontré l'inanité de cette théorie qui fait porter la cession sur le capital assuré, nous avons trop souvent identifié la cession et la désignation d'un bénéficiaire pour y revenir ici ; voyons donc l'autre hypothèse.

Un tiers a été désigné comme bénéficiaire dans la convention primitive. L'opération se décompose en deux contrats, il s'agit de faire révoquer l'acte à titre onéreux : « Observons que, dans ce cas, les créanciers auraient à prouver que la compagnie assureur connaissait la position de leur débiteur, car ils attaqueraient un acte fait à titre onéreux » (2). Mais, presque toujours, la compagnie sera de bonne foi, et les créanciers ne pourront pas se faire restituer les primes payées indûment. Il en sera tout autrement

(1-2) Patinot, *Rev. prat* t. XXVII, p. 46 et 47.

avec notre système : le preneur, gérant d'affaire pour le compte du tiers, lui a fait donation de la prime payée pour lui. Il ne s'agit plus que d'un acte gratuit à faire révoquer, il suffit de prouver la mauvaise foi du débiteur.

Mais, peut-on dire dans le système de la jurisprudence, les créanciers, respectant le contrat à titre onéreux, n'attaquent que la libéralité faite au tiers. La Cour de Paris a, en vertu de l'article 1167, annulé, le 24 décembre 1880 (D. 81. 2.203), un contrat d'assurance fait par un homme au profit de sa femme et de sa fille en laissant le bénéfice à sa succession. C'est là une décision que nous ne pouvons approuver. Cet homme eût-il donc souscrit cette assurance, si ce n'était pour sa femme et sa fille ? Il faut prendre les contrats tels qu'ils sont et les tenir pour valables ou les annuler tout entiers

112. — Un jugement rendu, le 1er sept. 1882, par le tribunal de Bruxelles, d'après les principes mêmes du Code civil (la loi belge de 1874 ne vise pas l'assurance au profit des enfants, ce qui était le cas), met bien en lumière notre théorie. Il admet le principe de la gestion d'affaires et constate que le patrimoine du disposant n'a pu s'appauvrir que du montant des primes payées par lui (1).

(1) « Attendu que la ville de C. attaque le contrat du 12 août 71 comme fait par V. en fraude de ses droits ; que par suite elle demande, en invoquant l'article 1167 C. civ. l'annulation de l'assurance et l'attribution du bénéfice de celle-ci aux créanciers de V. ; que la ville de C. ne remarque pas que le contrat qu'elle attaque ne saurait être déclaré en même temps nul et valable ; que l'exercice par elle du droit que l'article 1167 accorde aux créanciers ne saurait avoir pour effet de faire entrer le bénéfice de l'assurance dans la succession de V. ; d'où il suit que la ville de C. n'a pas intérêt et partant n'est pas recevable à exercer l'action révocatoire ; — Attendu d'ailleurs que l'assurance contractée par feu V. au profit de ses enfants n'est pas un acte fait en fraude de ses créanciers, qu'en stipulant cette assurance, il n'a rien distrait de son patrimoine ; — qu'il est indifférent que les enfants de V. se soient enrichis par cette prévoyance de leur père agissant pour

113. — C. *Faillite.* — L'assuré tombe en faillite au cours de l'assurance. Le syndic représentant la masse des créanciers ne peut pas continuer l'assurance contre le gré du failli. Il ne peut pas davantage faire vendre aux enchères une police souscrite par ce dernier autrement, le premier venu eût pu devenir bénéficiaire sans le consentement de l'assuré, partant sans intérêt. Le seul droit de la masse est donc de continuer à payer les primes du consentement du failli, ou, si celui-ci veut abandonner le contrat passé à son ordre, d'exiger le versement de la valeur de rachat. Quel que soit d'ailleurs le bénéficiaire du contrat, s'il n'a pas encore accepté la libéralité à lui faite, les créanciers du preneur ont droit à ce qu'on appelle improprement la participation aux bénéfices. Les sommes ainsi recouvrées sont les excédents des primes versées, elles rentrent naturellement dans le patrimoine du souscripteur (1).

L'assuré meurt au cours de la faillite ou avant même le jugement déclaratif, le bénéficiaire ne souffrira pas de cette situation spéciale. Le capital ne sort pas du patrimoine du preneur, il n'y était jamais entré. Si l'assurance avait été contractée par le bénéficiaire lui-même sur la tête de l'assuré consentant, il n'y aurait aucun doute. En quoi la faillite de l'assuré étranger au contrat nuirait-elle à la réception du capital par le souscripteur bénéficiaire ? Or notre situation est identique à

eux et comme leur *negotiorum gestor*, si par l'opération critiquée le défunt lui-même ne s'est point appauvri ; — Attendu que le seul acte que, relativement à l'assurance, les créanciers de V. soient recevables et puissent être fondés à attaquer, c'est le paiement fait par le défunt des primes annuelles, véritable libéralité à leur détriment, pourvu qu'il soit établi qu'au moment où il payait ces primes, le défunt était déjà insolvable, situation que le paiement des primes n'a pu qu'empirer ; — que la ville de C. peut donc avoir, à raison de l'assurance litigieuse, des droits contre les enfants V., mais seulement jusqu'à concurrence des primes payées par leur père, etc. »

(1) Nîmes, 17 août 1874, *Journal assurances*, 1875, p. 286.

celle-ci, sauf qu'il y a eu donation du montant des primes annuelles. — Aussi la jurisprudence a-t-elle en général, quand, à son point de vue, le bénéficiaire a acquis *ab initio* le droit à l'indemnité (c'est-à-dire quand il est spécialement déterminé), fait abstraction de la faillite postérieure de l'assuré (1). Pour nous, la question doit être tranchée de même si la police est souscrite au profit des enfants ou héritiers. Jamais le capital assuré n'a fait partie du patrimoine du failli, jamais il ne devra être compris dans l'actif de la faillite. L'article 446 C. comm. permettra seulement aux créanciers de protester contre les versements de primes faits à leur détriment.

**114.** — La jurisprudence est encore sur ce point bien variable : elle fait parfois rapporter à la faillite le capital assuré, non seulement quand les bénéficiaires sont des personnes indéterminées, ou qu'il y a eu cession, ou encore en cas d'assurance mixte (ce qui est parfaitement erroné, car l'assurance mixte comprend deux alternatives indépendantes : l'une se réalise-t-elle, il faut faire abstraction de l'autre), mais même lorsque l'assurance est faite au profit d'un tiers déterminé. principalement si ce tiers est un créancier en faveur de qui le contrat semblerait constituer un avantage indirect. « L'assurance sur la vie contractée par un débiteur au profit de son créancier constitue un avantage pour la masse créancière. La somme à toucher au décès du débiteur, bien que stipulée au profit exclusif du créancier, *et représentant la capitalisation des primes avancées par lui*, profite à la masse (2). »

La position du créancier était favorable, puisqu'il avait payé les primes, et cependant le tribunal de commerce de la Seine

(1) Epernay, 17 août 82, D. 83.3.71.

(2) Trib. comm. Seine, 4 mai 76. Molineau, *Jurispr. des Ass.*, n. 76 *bis*. Alger, 25 juin 76, D. 78.2.116.

lui enlève le bénéfice du contrat. Ce n'est pas conforme non seulement à notre théorie, mais même au système de la jurisprudence. Comment, en effet, reconnaissant au bénéficiaire un droit propre et originaire au capital assuré, faites-vous, sous prétexte de faillite, tomber ce bénéfice dans la caisse de l'assuré? — Et c'est logique cependant, car si la jurisprudence admet l'effet rétroactif du contrat, c'est de sa part respect des volontés contractantes, mais c'est contraire au concept qu'elle s'est fait de l'opération. Elle applique l'article 1121 à notre cas, elle y trouve deux contrats distincts : à titre onéreux entre la compagnie et le souscripteur, à titre gratuit de l'assuré souscripteur au bénéficiaire. Dès lors la créance est passée par le patrimoine du preneur, et le jugement précité est logique en annulant la donation faite dans la période suspecte (art. 446 C. com.). Nous nous heurtons encore une fois à la contradiction.

115. — La question est surtout intéressante à étudier quand le bénéficiaire désigné est la femme du souscripteur. Le mari tombe ensuite en faillite, qu'en résultera-t-il pour la femme?

Tout d'abord les créanciers du mari pourront, en vertu de l'article 446 C. comm., se faire remettre les primes indûment payées durant l'époque de la cessation des paiements ; il en serait de même vis-à-vis de tout autre bénéficiaire (1).

116. — Mais le Code de commerce renferme, en cas de faillite, des articles réduisant les droits de la femme mariée (art. 559, 564) ; faudra t-il les appliquer ici? Evidemment non, si la femme a été déclarée bénéficiaire antérieurement au mariage (Req. 10, nov. 79, D. 80.1.337) (2). Les articles 559 et 564, dispositions

(1) Nous sommes donc plus larges que la Cour de Nîmes, 25 févr. 1880, ne permettant aucune poursuite aux créanciers si l'assurance a été contractée antérieurement à la cessation des paiements. D. 80.2.181.

(2) Trib. civ. Seine, 21 nov. 76, et C. Paris, 4 juin 78, D. 79.2.25, note Levillain.

exceptionnelles et rigoureuses, ne visent que les contrats passés par la femme déjà mariée ; on ne peut pas les étendre d'un cas à l'autre. Les futurs époux étaient étrangers encore l'un à l'autre, en fait comme en droit, lors du contrat d'assurance, le mariage survenant ne peut pas rétroagir sur un passé licite et exempt de fraude. L'analogie serait plus grande si, antérieurement à leur mariage, les époux vivaient en concubinage, mais nul n'oserait appliquer à une union illicite une règle tracée pour le mariage. Tout ce qui est exceptionnel : présomption légale, nullité, déchéance, répugne à une extension par analogie.

**117.** — Si la femme a été déclarée bénéficiaire depuis le mariage, la Cour de Caen répond de même (1), et ne reconnaît aucun droit à la masse des créanciers du mari stipulant sur l'assurance contractée au profit de la femme. — C'est respecter la volonté du disposant, mais n'est-ce pas violer les articles précités? Le premier établit la présomption légale admettant preuve contraire que les biens acquis par la femme du failli l'ont été des deniers du mari ; — le second défend à la femme d'un failli d'exercer aucune action à raison des avantages portés dans son contrat de mariage ou à elle conférés durant le mariage. Ces articles doivent-ils donc faire tomber le bénéfice de l'assurance dans l'actif de la faillite ?

C'est là, pour la jurisprudence, un résultat funeste, mais nécessaire, de sa théorie erronée. A son dire, il y a acquisition par le souscripteur d'une créance contre la compagnie, puis transmission de cette créance au bénéficiaire. Dès lors il faut dire avec M. Levillain (*loc. cit.*) que « tous les arguments invoqués en faveur de la doctrine contraire ne peuvent prévaloir contre les considérations tirées du texte lui-même qui est général

(1) Caen, 14 mars 76, D. 77.2.131. Trib. civ. Seine, 24 févr. 77. *Le Droit*, 7 avr. 77. Molineau, *Rép.*, n. 71.

et ne se prête à aucune distinction ». En vain argumentera-t-on du but de l'article 559 C. comm. prohibant seulement l'enrichissement de la femme au détriment des créanciers, et ne s'appliquant pas aux revenus sur lesquels les primes sont payées en principe. En vain dira-t-on que le contrat d'assurance était inconnu au Législateur de 1808 (1). Qu'importe! Le Code ne distingue pas, et tout contrat nouveau doit, pour être valable, pouvoir avant tout se soumettre aux règles générales de nos lois.

Aussi la Cour de Paris, infirmant un jugement du tribunal civil de la Seine en date du 24 févr. 77, a-t-elle, le 1er août 1879 (2), fait tomber une assurance contractée, indépendamment de toute fraude, par un commerçant au profit de sa femme, dans la masse de la faillite, uniquement par application des articles 559 et 564 C. comm. Il en eût été de même, dit-elle, lors même que la femme se fût assurée personnellement sur la tête de son mari. Jamais, d'après cet arrêt, la femme n'échappera à l'action des créanciers. Nous pouvons citer encore dans le même sens les attendus d'un jugement du tribunal civil d'Epernay (17 août 1882, D. 83.3.71) : « Attendu, en ce qui touche l'assurance contractée par C. au profit de sa femme, qu'il est reconnu que cette assurance a été faite pendant le cours de la communauté ayant existé entre lesdits époux, qu'elle constitue une libéralité consentie par le mari à sa femme... ; qu'aux termes de l'article 564 C. comm., la femme dont le mari était commerçant au moment de la célébration du mariage ou est devenu commer-

(1) Ruben de Couder, *Dict. de droit comm.*, v° *Assurance sur la vie*, n. 101.

(2) Contre les conclusions de l'av. gén. M. Chevrier. (S. 80.2.249, note Labbé.) La Cour de cassation a rejeté le pourvoi le 2 mai 81. (M. Demangeat rap., S. 81.1.145, note.) « La question n'est pas jugée, dit M. Vauzanges, elle est tranchée, voilà tout. » *Mon. Ass.*, t. XI, p. 414, n. 134. Dans le même sens que Paris, Trib. Vire., 12 mai 81, et Caen, 6 déc. 81, S. 83.2.33, note Ruben de Couder.

çant depuis ne pourra exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages contenus dans son contrat de mariage ; qu'il est décidé par la jurisprudence qu'à plus forte raison elle ne peut se prévaloir des libéralités qui lui auraient été faites depuis le mariage avec les fonds de la communauté; — que d'ailleurs l'article 559 dudit Code dispose que la présomption légale est que tous les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, ont été payés de ses deniers et doivent être remis à la masse de son actif, sauf à faire la preuve contraire ».

118. — Cette théorie est inexacte, elle est désastreuse. S'il est vrai de dire qu'un système se juge par ses conséquences, examinons les résultats de celui-ci. Qu'a voulu le commerçant s'assurant au profit de sa femme au jour de sa prospérité ? Garantir son épouse contre les mauvaises chances futures : il ne s'est pas préoccupé de ses créanciers. D'ailleurs sa personne, objet du contrat, n'était pas leur gage. Il tombe plus tard en faillite. « Peut-on prêter au législateur cette intention : l'opération aurait dû être faite et elle s'exécutera à l'avantage des créanciers ? Non, mais uniquement cette pensée : l'opération maintenue telle quelle, les créanciers ne doivent pas en souffrir (1). » Or le capital assuré n'est pas formé par l'accumulation des primes. Le mari meurt en faillite trois ou quatre ans après le contrat d'assurance, tout au plus eût-il économisé le montant des primes. Allez-vous gratifier les créanciers du capital assuré beaucoup plus considérable, allez vous les faire bénéficier d'un contrat qui a été fait sans fraude pour une autre? Il faut dire alors avec M. Dubois (*Journal assurances*, mars 1883, p. 104) « qu'ils s'enrichissent d'une équivoque, car il y a tout

(1) Labbé, note, S. 80.2.249. — *Sic.*, Labbé, note, S. 81.1.145. Ruben de Couder, note, S. 83.2.33.

lieu de croire que, si le mari avait pu prévoir que l'assurance contractée par lui servirait à payer ses créanciers, il ne l'aurait pas souscrite. Les créanciers profitent en ce cas d'une opération qui n'était pas faite pour eux, car leur débiteur ne l'avait pas faite pour lui ».

Allons plus loin : appliquer à notre cas les articles 559 et 564, C. comm., n'est pas seulement contraire à l'intention des contractants, c'est aller contre les principes mêmes du droit. — L'article 559 crée une présomption contre la femme pour prévenir des détournements d'actif, il ne peut frapper le capital assuré qui n'est pas constitué par l'accumulation des primes et qui n'a jamais appartenu au mari. N'invoquez pas contre cet argument l'article 1179 C. civ. faisant remonter la condition accomplie au jour du contrat : ne dites pas que la mort de l'assuré fait considérer le contrat comme existant à son profit dès l'époque de sa passation. Erreur profonde, si celui qui fait une donation est propriétaire actuel de la chose donnée, le souscripteur d'une assurance au profit d'un tiers n'a pas le capital assuré, il ne l'aura jamais. Le véritable assuré n'est pas le souscripteur, simple gérant d'affaires et valeur assurée à la fois, c'est le bénéficiaire, en notre cas la femme. Elle a un droit propre et initial pour toucher ce capital de la compagnie, non de son mari. Or les créanciers de celui-ci n'ont pas droit à une somme qui n'a jamais appartenu à leur auteur. — Mais, direz-vous, cette convention les fraude. Pas du tout. Supposons une femme dont un immeuble propre a été assuré par son mari. Un incendie détruit l'immeuble. Les créanciers du mari ont-ils droit à l'indemnité, peuvent-ils la comprendre dans la masse à partager? Evidemment non, et pourquoi? Parce que c'est une indemnité, qu'en conséquence elle ne doit être due qu'à qui a subi le dommage : donnée à tout autre, elle l'enrichit mais ne l'indemnise pas. La situation ici est identique : le propre de la femme

assuré contre un sinistre, c'est la vie du mari formellement consacrée par lui à sa femme ; le sinistre, c'est la mort ; il y a donc véritable assurance, et le capital indemnité doit appartenir à la femme et à elle seule.

119. — Mais, disait la Cour de Paris le 1er août 1879, le contrat n'est valable qu' « à la condition de n'être ni une précaution calculée contre l'éventualité de la faillite, ni un encouragement aux témérités et aux aventures, ni surtout un détournement d'actif au préjudice des créanciers ». Répondons à ces reproches, c'est chose facile au point où nous en sommes.

Précaution calculée contre l'éventualité de la faillite ; — mais dans le cas soumis à la Cour, les créanciers n'invoquaient nullement une intention frauduleuse de la part du mari. La fraude ne se présume pas, elle doit être prouvée, laissez subsister ce qui est fait de bonne foi, car les conventions particulières sont libres si elles sont morales. Le commerçant faisant assurer sa vie au profit de sa femme prévoyait-il sa faillite ? Qui le sait en général ? Et même l'eût-il prévu, qu'il pouvait faire profiter sa femme d'un capital sur lequel ses créanciers n'avaient aucun droit.

Encouragement aux aventures ; — mais enfin nul ne tient à tomber en faillite et à mettre sa famille dans la misère, au moins jusqu'à sa mort. La jurisprudence n'a-t-elle pas cent fois d'ailleurs reconnu la moralité du contrat ?

Détournement d'actif ; — mais à quoi ont donc droit les créanciers ? Certainement pas au capital qui, n'étant jamais entré dans le patrimoine de leur débiteur, n'en a pas pu sortir. Seulement ce dernier s'est appauvri, pour celle dont il gérait l'affaire, du montant des primes. A-t-il voulu l'obliger à les rapporter, ce qui est très rare, la faillite les peut réclamer toutes. A-t-il voulu lui faire abandon de ces dépenses faites pour elle, comme *nemo liberalis nisi liberatus*, les créanciers pourront revendiquer les primes payées durant la période suspecte. Il en

serait absolument de même si, avec les deniers du mari, une femme avait assuré un de ses propres contre l'incendie ou était entrée dans une société de secours mutuels. Les créanciers n'ont jamais droit qu'aux frais faits par leur débiteur. D'ailleurs ils profiteront toujours du contrat. Si la femme bénéficiaire trouve la restitution des primes trop onéreuse, elle refusera de recevoir le capital indemnité, qui, en vertu de la clause à ordre toujours subsidiaire, tombera dans le patrimoine du souscripteur et dans sa faillite. — Si elle accepte, les créanciers, faisant rentrer un certain nombre de primes, jouiront ainsi d'une somme qui eût bien pu être dépensée tout à fait par le débiteur Il n'y a donc pas détournement d'actif, et il faut conclure que :

*Le montant d'une assurance contractée par un commerçant au profit de sa femme reste propre à cette dernière au cas de faillite du conjoint souscripteur* (1).

(1) Vauzanges, *Mon. Ass.*, t. XII, n. 146, p. 416 et suiv. ; t. XIII, n. 157, p. 392 et suiv. Ymbert, *Rev. notariat*, août 1880.

## CHAPITRE IV

### APERÇU DE LA LÉGISLATION FISCALE.

120. — Nous ne prétendons pas entrer dans de grands développements, renvoyant sur ce point aux travaux de MM. de Montluc, Deloynes, Méline, Herbault, Garnier et Couteau Ainsi nous ne dirons rien du droit de timbre établi sur les polices d'assurances par les articles 33-35 de la loi du 5 juin 1850. Notons seulement que le défaut de timbre n'invaliderait pas la convention, mais rendrait seulement ses auteurs passibles d'une amende.

121. — Au point de vue de l'enregistrement, un droit est dû sur le contrat lui-même. Mais quel est ce droit? Parfaitement déterminé en Angleterre sous le nom de *Stamp and insurance duty*, il ne l'est pas dans notre législation. L'article 69, § 2 de la loi du 22 frimaire an VII, corrigé par l'article 51, § 2 de la loi du 28 avril 1816, soumet à un droit proportionnel de 1 0/0 les actes et contrats d'assurances. Cette formule contient-elle les assurances sur la vie, et en conséquence faut-il soumettre ces dernières au droit proportionnel, comme le veut l'administration (1)? Faut-il au contraire dire que seul un droit fixe serait dû (Loi 22 frimaire anVII, art. 69, § 1, 37°, et loi 28 avr. 1816, art. 43, 18°) (2) ?

(1) *Sic*, Blin, p. 75. Garnier. *Rép. de l'enregistrement*, v° *Assurances*, n. 2382. Méline, *Rev. not.* 1873, n. 4453, p. 806. Deloynes, *Rev. crit., loc. cit.* Dalloz, *Rép.*, v° *Enregistrement*, n° 1572.

(2) De Montluc, p. 304 et suiv. Mornard, p. 337. Herbault, n. 324, p. 292. Grün et Jolyat, n. 202. — Cf. Merger, n. 394 et suiv.

Les auteurs qui soutiennent ce dernier système se fondent sur ce qu'en matière fiscale tout est de droit strict, et qu'on n'y peut admettre ni argument d'analogie, ni argument d'identité. — Lors de la promulgation de la loi du 22 frimaire an VII, l'assurance sur la vie était inconnue, et d'ailleurs, la restriction insérée au texte qui, en temps de guerre, n'exige qu'un demi-droit, ne peut raisonnablement s'appliquer qu'aux seules assurances maritimes. Malgré l'autorité puissante d'une pratique constante contraire, nous adoptons ce système.

L'opinion contraire se heurte à des impossibilités pratiques. S'il y a droit proportionnel à percevoir, comment le calculer? Sur les primes, dit-on; mais on en ignore le nombre. On a bien proposé de capitaliser la prime au denier dix, comme pour les constitutions de rente (Loi frimaire an VII, art. 14, § 9), c'était oublier qu'on ne peut raisonner ici par analogie. Il faut donc s'en tenir à l'estimation des parties (art 16); mais il n'y a pas ici d'estimation possible, on ne sait pas quand l'indemnité sera versée, on ne peut pas fixer la valeur de l'*interusurium*. L'existence même de cette indemnité est incertaine : le paiement des primes étant facultatif, l'assuré n'est pas tenu pour l'avenir, l'assureur est obligé conditionnellement. Il n'y a pas là de « prime payable comptant ou à terme », le contrat ne rentre donc pas même dans la qualification adoptée par l'enregistrement. Seul, le droit fixe devrait être appliqué (1).

(1) L'enregistrement n'est pas obligatoire pour les contrats d'assurances dans un délai préfix ; partant, le double droit n'est pas à craindre. Il n'est exigé que lorsqu'il est fait usage du contrat en justice, ce qui comprend, aux yeux de la jurisprudence, le cas où il en est fait usage par acte public ou devant toute autorité constituée (Loi 22 frimaire an VII, art. 20, 22, 42). L'assurance mutuelle n'est jamais assujettie qu'à un droit fixe, on y voit un acte d'adhésion à une société (Inst. min., 21 déc. 1821 et 22 mai 1822. L. 28 févr. 1872, art. 1er).

122. — Mais voici désormais la question la plus grave : quel droit peut être dû à raison de la transmission du bénéfice opérée par le contrat ?

123. — Si la police est souscrite à l'ordre du preneur, et n'a pas été transmise de son vivant, son héritier, trouvant le montant du capital assuré dans la succession de son auteur, paiera le droit de mutation par décès, calculé sur le total de l'actif héréditaire, cela est d'évidence. Mais il y a eu un bénéficiaire désigné soit dans le contrat même, soit postérieurement au contrat. M. Herbault, reconnaissant qu'il a un droit propre au capital assuré, refuse d'appliquer le droit de mutation par décès, mais oblige ce bénéficiaire à acquitter le droit proportionnel de donation (p. 310 et suiv., n° 342 et suiv.). « Lorsque dans un acte quelconque, soit civil, soit judiciaire ou extrajudiciaire, il y a plusieurs dispositions *indépendantes*, ou ne dérivant pas nécessairement les unes des autres, *il est dû, pour chacune d'elles, et selon son espèce*, un droit particulier... » (Loi 22 frimaire an VII, art. 11.) Si l'assurance et la donation du bénéfice sont certainement distinctes et indépendantes, lorsque le bénéficiaire est désigné postérieurement au contrat, il en est de même lorsque cette désignation est concomitante à l'assurance. Dans tous les cas, le bénéficiaire doit le droit proportionnel de donation ; et ce droit porte, non pas, comme le voudrait M. Garnier (1), sur les primes, mais sur le capital assuré acquis d'abord par le souscripteur, puis transmis au bénéficiaire (2).

Or la jurisprudence n'admet pas cette théorie. Soutenir

(1) Garnier, *Rép. de l'enreg.*, v° *Ass. sur la vie*, n. 2398. — Cfr. Blin, p. 94.

(2) Herbault, p. 310 et suiv. Deloynes, *Rev. crit.*, nouv. série, t. I, p. 222-229. Méline, *Rev. not.*, 1873, n. 4453, p. 808. Demante, *Exposé raisonné des princip. de l'Enreg.*, t. I, n. 65 et 79, et t. II, n. 598 et 599. *Instr. Enregist.*, n. 2562, § 2. Cass., 23 nov. 62, S. 63.1.46.

qu'il y a dans l'assurance sur la vie plusieurs dispositions indépendantes, c'est écarter l'application de l'art. 1121; et c'est encore le rendre inapplicable que d'admettre la donation comme motif et but du contrat d'assurance, car il n'y a plus stipulation pour le souscripteur.

124. — Voici quelle serait la vraie solution. Le droit proportionnel de donation ne peut être perçu que sur ce qui a été donné, c'est-à-dire sur les primes annuellement payées, et si le bénéficiaire a été désigné postérieurement au contrat sur la dernière prime payée et la valeur de rachat.

Si la cession de la police est faite à titre onéreux, le prix de la cession, étant fixe et déterminé, donne ouverture à l'impôt de transmission. Certains auteurs ont voulu suspendre la perception de l'impôt proportionnel jusqu'à ce que la réalisation de la condition jointe au contrat soit survenue, c'est de leur part simple confusion. Si, en effet, le droit à l'indemnité est éventuel, il n'est nullement défendu de faire une cession actuelle et certaine d'une valeur aléatoire (1).

La police a été faite négociable, on ne peut appliquer l'article 69, § 2-6° de la loi de frimaire an VII pour fixer le droit à percevoir, car ces titres n'existaient pas alors. La loi du 5 juin 1850 frappe d'un droit proportionnel toutes obligations négociables des compagnies, mais elle doit être écartée, car, consacrant un titre spécial aux assurances, elle les soustrait formellement à ses précédentes dispositions. Il faut donc envisager l'opération comme une simple procuration de toucher le montant de l'assurance et exiger le droit fixe de 1 franc (2).

(1) Garnier, n. 2393. Herbault, n. 353, p. 316. *Contra*, de Montluc, p. 314. Dalloz, *Rép.*, v° *Enregistrement*, 1738.

(2) De Montluc, p. 313. Herbault, p. 317, n. 356. Dalloz, *Rép.*, v° *Enregistrement*, 1750.

125. — En tous cas, toutes les fois que l'assurance n'est pas contractée à l'ordre du souscripteur, il ne saurait être question d'un droit quelconque de mutation par décès (1). Aucune valeur ne passe de la succession du *de cujus* aux mains du bénéficiaire. Ce dernier acquiert l'indemnité en vertu d'un droit propre, préexistant à la mort de la tête assurée.

126. — La jurisprudence avait rendu hommage à ces vrais principes. Jusqu'en 1872, jamais le bénéficiaire d'une assurance sur la vie n'eut à payer de droit de mutation par décès. Mais l'administration de l'enregistrement réclamait (2) : on trouvait une police dans les papiers d'un détunt, c'est seulement maintenant qu'est dû le capital assuré, n'est-ce pas là une créance de la succession ? Pour répondre affirmativement, il faut admettre que cette créance était la propriété du défunt, faisait partie de son patrimoine. Une solution de la Régie du 4 janvier 1868 (S. 70.2.129) souleva cette prétention, que sanctionna quatre années plus tard la Cour de cassation par une décision, purement d'espèce d'ailleurs, qui fut malheureusement considérée comme un exposé de principes.

Le sieur K. avait conclu une assurance au profit de ses ayants droit. Il lègue ensuite ce capital à sa sœur, qui renonce et au legs et à la succession. Les frères K. survivants se trouvent investis de l'hérédité et en même temps de la valeur de l'assurance. — Devaient-ils payer sur ce capital les droits ordinaires de succession ? Oui, à notre sens, car le capital était tombé dans la succession de leur frère, où ils le recueillaient en vertu de leur

(1) Blin, p. 79. Deloynes, *Rev. crit.*, nouv. série, t. I, p. 59. La loi anglaise de 1853 le reconnait formellement (*Succession duty act.*, XVI, XVII, Victoria C. 51).

(2) MM. Couteau, t. II, p. 433, n. 511, et Pellerin, *Rev. not.*, 1883, p. 170, qualifient sévèrement ces prétentions.

vocation héréditaire. Le tribunal de Saverne repoussa cependant, le 21 mai 1869 (S. 70.2.160), la demande de la Régie, mais la Cour de cassation cassa cette décision le 7 février 1872 (D. 72. 1.209).

Cet arrêt eut des conséquences néfastes : la jurisprudence s'habitua à exiger les droits de mutation et partant à faire tomber le capital assuré dans le patrimoine du souscripteur s'il avait contracté au profit de personnes indéterminées. — Peu satisfaite de ce premier triomphe, la Régie voulait percevoir le droit au cas même où le bénéficiaire était nommément désigné. Lorsque, disait-elle, le bénéfice retiré par un tiers d'une stipulation trouve sa cause efficiente dans le décès du stipulant : donations éventuelles, contractuelles, réversibilité de rente sur la tête du dernier mourant, le droit de mutation est exigé, que la transmission s'effectue d'après l'ordre légal des successions, ou qu'elle résulte d'un acte testamentaire ou entre-vifs (1). Nous pouvons répondre qu'il n'y a pas eu donation du capital. — De plus, ajoutait-elle, le droit à l'assurance peut être révoqué, dès lors il n'y a pas eu dessaisissement actuel, il y a mutation par décès. A ce compte, les donations entre époux, révocables par nature (art. 1096), ne pourraient plus être des donations entre vifs. — Ici il y a bien eu mutation entre-vifs, donation en ce qui concerne les primes, il n'y a pas mutation par décès.

Malgré ces raisons le Tribunal de la Seine, le 9 mai 73, et la Cour de cassation, le 10 mai 76, sanctionnèrent les nouvelles volontés de l'enregistrement : « Attendu, dit la Cour, que par cette convention H. avait acquis une créance de 100,000 fr. payable à son décès, et que par le même acte il en avait disposé en faveur de sa femme... ; qu'en déclarant que la stipulation

(1) Cass., 21 mars 60, S. 60.1.472. — 6 juill. 63, S. 63.1.421. —23 déc. 62, S. 63.1.46. — 5 mars 72, S. 72.1.88.

faite par H. au profit de sa veuve constituait une libéralité soumise à l'évènement du décès du disposant, et qu'à ce titre elle était passible du droit proportionnel de mutation par décès, le jugement attaqué, loin de violer les dispositions de la loi, en a fait une saine application (1) ».

127. — Mais un document législatif est plus sûr encore qu'une jurisprudence, si constante soit-elle : l'enregistrement demanda une loi et l'obtint. M. de Montluc, écrivant en 1870 et demandant l'intervention législative, souhaitait (p. 324) « qu'elle ne se bornât pas à donner à la pratique de la Régie une consécration légale, mais qu'elle entrât dans la voie de l'innovation, et qu'à l'exemple de l'Angleterre elle se montrât libérale à l'égard d'une institution où tout l'ordre social est intéressé ». Il n'en fut rien malheureusement. La loi du 23 juin 1875 (D. 75.4. 112) confirme toutes les critiques dirigés contre l'arrêt du 7 février 1872; elle eût été inutile s'il avait été bien fondé. Son article 6 est ainsi conçu : « Sont considérés pour la perception du droit de mutation par décès, *comme faisant partie de la succession d'un assuré, sous la réserve des droits des communauté* s'il en existe une, les sommes, rentes ou émoluments quelconques dus par l'assureur à raison du décès de l'assuré. Les bénéficiaires à titre gratuit de ces sommes, rentes ou émoluments sont soumis aux droits de mutation, suivant la nature de leur titre et leurs relations avec le défunt, conformément au droit commun » L'article 7 contient la sanction de cette obligation. Les agents de l'enregistrement peuvent exiger des compagnies d'assurances, tant au siège social que dans les agences ou succursales, la présentation des polices. Tout refus de communication sera

(1) Cette affaire a cela de particulier que, commencée avant la loi de 1875, elle ne finit qu'après. La promulgation de cette loi peut bien avoir contribué à la victoire définitive de l'administration.

constaté par un procès-verbal et puni d'une amende (Loi 23 août 1871, art. 22).

Le législateur a voulu faire disparaître en nos matières toute difficulté pour la perception de l'impôt. Que le bénéficiaire soit désigné *ab initio* ou postérieurement au contrat, peu importe. Dans tous les cas, et tout en réservant la question au point de vue du droit civil comme l'ont fait deux jugements du tribunal de la Seine (1), il est indiscutable que, fiscalement parlant, il y a mutation par décès. Si restreinte que soit sa sphère d'application, cette loi est cependant funeste, elle a été invoquée depuis lors par la jurisprudence à titre d'autorité morale pour faire tomber le bénéfice de l'assurance dans le patrimoine ou la communauté du souscripteur (2).

128. — Cette loi vise-t-elle l'assurance contractée sur la tête d'un tiers par un stipulant à son profit? Non, répondent certains auteurs. « Si l'assurance est payable au contractant, celui-ci reçoit ce qu'il a stipulé pour lui-même, et il est évident qu'au décès de l'assuré qui a joué un rôle purement passif, il ne s'opère aucune transmission de ce dernier au contractant (3). » — Mais il n'y a pas davantage transmission par décès au cas d'assurance au profit d'autrui, car il y a gestion d'affaire par l'assuré pour le bénéficiaire. Dans les deux cas, les mêmes principes doivent s'appliquer, et aussi malheureusement les termes de la loi de 1875 : le montant de l'assurance est *dû par l'assureur à raison du décès de l'assuré*, le droit de mutation doit être perçu. C'est contraire au bon sens et aux principes du Code civil, dites-vous dans l'hypothèse où l'assuré est étranger au contrat : c'est

(1) Trib. civ. Seine, 30 nov. 77 et 29 mars 78. Molineau, *Rép.*, n. 129 et 130.

(2) Trib. Saint-Quentin, 28 juin 78. Trib. Marseille, 19 juill. 78. Molineau, *Rép.*, n. 132-133.

(3) Dumaine, *Du contrat d'assurance et des droits de mutation*, n. 27, p. 63.

vrai, mais l'autre application est tout aussi arbitraire. La preuve en est dans cette singulière formule : « *Sont considérés* pour la perception, etc. ». Cette loi est purement fiscale, elle n'a été votée que par nécessité budgétaire, et à ce point de vue même mérite bien des critiques (1) : elle a entravé l'essor d'une institution prévoyante, préjugé à la légère le caractère juridique du contrat. Il serait à souhaiter de la voir promptement rapporter.

Il est un autre cas où la jurisprudence administrative et judiciaire a voulu faire abstraction de la loi de 1875. Au cas d'assurance contractée par deux époux au profit du survivant, une solution de la Régie du 28 février 1878 (2) dispense le survivant de payer les droits de mutation par décès. Ces palliatifs à la loi, inspirés par un sentiment de justice, sont contraires au texte de 1875, qui ne fait pas tomber le capital assuré dans la succession ou la communauté du souscripteur, mais seulement le tient pour tel au point de vue fiscal. Or le survivant ici recueille le capital assuré comme le ferait tout autre bénéficiaire, il y a somme due par l'assureur à raison du décès d'un assuré, le droit de mutation doit être perçu. On ne peut se soustraire aux prescriptions légales, si funestes soient-elles.

129. — La loi de 1875 (art. 6) fait une restriction à ses règles sévères en ce qui concerne la communauté : « Sous la réserve des droits de communauté », dit-elle. Ces mots, introduits par amendement au cours de la discussion, sont assez peu clairs. Ils signifient qu'il n'y a pas lieu de percevoir de droit quand le capital assuré est tombé dans la communauté, quand par exemple une femme mariée et commune trouve dans l'actif commun

(1) De Courcy, *L'impôt et les assurances sur la vie*.

(2) Molineau, *Rép.*, n. 131. — *Sic*, au cas de séparation de biens, si l'ass. mutuelle est faite dans un même acte. Sol. 21 avril 1879. Trib. Cambrai, 22 août 78. Couteau, t. II, p. 628.

le montant d'une assurance contractée à l'ordre de son mari, et en prend la moitié à titre de femme commune (*contra,* solution de l'enregistrement, 4 avril 1878). Si elle avait été nommément désignée par son mari comme bénéficiaire, elle devrait au contraire acquitter ces droits.

## CONCLUSION.

130. — Les sociétés se transforment comme les individus. Inconnus aux rédacteurs du Code civil, les contrats d'assurances sur la vie prospèrent aujourd'hui et augmentent chaque jour en nombre. De nombreux esprits ont étudié cette forme nouvelle de la prévoyance humaine pour en faire la théorie juridique : bien des pages ont été écrites, bien des systèmes imaginés, la lice est encore ouverte où ils s'entrechoquent librement. Aujourd'hui la parole est au législateur. On s'assure pour se procurer la sécurité : jusqu'ici trop souvent les volontés des contractants n'ont pas été respectées : il faut qu'ils sachent ce qu'ils ont le droit de faire. Une loi est donc nécessaire, elle aiderait puissamment à vulgariser en France une institution « si pleine de bienfaits par les sentiments qu'elle développe et les résultats qu'elle produit (1) ».

(1) Labbé, note, S. 1877.1.393.

# POSITIONS.

## DROIT ROMAIN.

I. La vente d'une *mensa argentaria* peut se faire sans enchères ni approbation de l'Etat.

II. Il y a solidarité légale entre *argentarii socii*.

III. Les Romains ne connurent pas la Lettre de change.

IV. Le *Receptum* n'exigeait pas de paroles solennelles.

V. Le *Receptum* ne pouvait avoir pour objet que de l'argent monnayé ou des lingots.

VI Le contrat *litteris* se constitue par la double mention de l'*acceptum* et de l'*expensum* sur le *codex* du créancier.

VII. Il n'entraîne pas novation.

VIII. Faute de compensation opérée dans l'*intentio*, l'*argentarius* perd sa créance entière.

IX. Les lois 7, § 2, D. *depositi*, et 24, § 2, D. *de reb. auct. jud.* sont inconciliables.

---

## DROIT FRANÇAIS.

I. L'assurance sur la vie est une assurance, un contrat d'indemnité.

II. Il n'en est pas de même de la rente viagère et de l'assurance en cas de vie.

III. Le capital assuré est le produit non des primes versées par l'assuré dont il s'agit, mais des cotisations versées par les associés l'année du sinistre.

IV. Le paiement des primes est et doit être facultatif. Faute de paiement, le nouveau contrat annuel qu'il constitue ne se forme pas, sans qu'il y ait besoin d'une mise en demeure régulière de la part de la compagnie.

V. L'assurance au profit d'un tiers ne peut s'expliquer que par la théorie de la gestion d'affaires : l'article 1121 est inapplicable.

VI. L'assurance contractée par un homme au profit de sa future épouse ne tombe pas dans la communauté établie entre eux par un contrat de mariage postérieur.

VII. La femme mariée, bénéficiaire d'une assurance contractée par son mari, ne doit pas de récompense à la communauté.

VIII. Le rapport et la réduction doivent s'exercer seulement sur les primes.

DROIT COMMERCIAL.

I. En cas de faillite du mari souscripteur au profit de sa femme, les articles 559 et 564, C. comm., n'empêchent pas cette dernière de recueillir le bénéfice de l'assurance.

II. Une police d'assurance, stipulée à l'ordre du souscripteur, peut être transmise par endossement régulier (art. 136 et 137 C. comm.).

III. Un endossement irrégulier peut suffire à transférer la propriété d'une assurance sur la vie.

PROCÉDURE CIVILE.

I. On ne peut assigner une compagnie d'assurances que devant le tribunal de son siège social, si elle n'a pas de succursales en province.

II. La caution *judicatum solvi* peut être exigée du demandeur étranger par un défendeur étranger lui-même.

DROIT CRIMINEL.

I. La tentative de crime n'est pas punissable, quand le crime était impossible à raison des moyens employés pour l'accomplir.

II. L'action publique en adultère n'est pas éteinte par la mort du mari plaignant avant la condamnation de la femme.

III. Le crime de bigamie est un délit instantané.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. La nécessité pour les compagnies d'assurances de faire approuver leurs statuts par le gouvernement ne rend pas les tribunaux administratifs compétents pour juger entre elles et leurs clients.

II. Les ministres sont les juges administratifs de droit commun au premier degré de juridiction.

DROIT INTERNATIONAL.

La clause d'une police passée par une compagnie étrangère et assurant le cas de suicide est de nulle valeur en France.

*Vu par le Président de l'acte public,*

A. NORMAND.

*Vu par le Doyen,*

LÉOPOLD THÉZARD.

*Vu et permis d'imprimer,*

Poitiers, le 22 février 1884.

Le Recteur,

A.-ED. CHAIGNET.

---

Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatives à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, art. 41), mais non des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur toutes les matières de l'enseignement.

# TABLE DES MATIÈRES

## DROIT ROMAIN

### DES ARGENTARII.


INTRODUCTION. . . . . 1

CHAPITRE I. — ADMINISTRATION DE LA MENSA. . . . . 13

*Section I.* — Qui peut être *argentarius ?* . . . . . 13
*Section II.* — Sociétés d'*argentarii*. . . . . 18

CHAPITRE II. — FONCTIONS DES ARGENTARII. . . . . 27

*Section I.* — Opérations relatives à la banque. . . . . 27

I. Les *argentarii* s'occupent du change des monnaies. . . . 27
II. Ils reçoivent des dépôts. . . . . 30
III. Ils prêtent à intérêt. . . . . 33
IV. Ils s'obligent pour leurs clients (*receptum*). . . . . 38

*Section II.* — Opérations étrangères à la banque. . . . . 43

CHAPITRE III. — RÈGLES SPÉCIALES AUX ARGENTARII. . . . . 49

*Section I.* — Livres de compte. — *Codex*. . . . . 50
*Section II.* — Obligation de rendre compte. — *Editio rationum*. 59
*Section III.* — Obligation d'opérer la compensation. . . . . 65
*Section IV.* — Faillite de l'*argentarius*. — Privilège des déposants. . . . . 70

CHAPITRE IV. — L'ARGENTARIUS TRANSFORMÉ. . . . . 79

*Section I.* — Corporations d'*argentarii*. . . . . 79
*Section II.* — Innovations de Justinien. . . . . 82

I. Avantages conférés à la fonction. . . . . 83
II. Règles communes aux banquiers et à leurs clients. . . . 87

# DROIT FRANÇAIS

## DES ASSURANCES SUR LA VIE DANS LE MARIAGE.

### PREMIÈRE PARTIE

#### DE L'ASSURANCE SUR LA VIE EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE I. — HISTORIQUE. — LÉGALITÉ. — MORALITÉ. . . . 89

CHAPITRE II. — FONCTIONNEMENT PRATIQUE DE L'ASSURANCE. . 95

*Section I.* — Mécanisme de l'assurance sur la vie. . . . . 96
*Section II.* — Opérations diverses des Compagnies d'assurances. 108
*Section III.* — Qui peut être bénéficiaire? . . . . . 111

CHAPITRE III. — NATURE JURIDIQUE DE L'ASSURANCE SUR LA VIE. 118

### DEUXIÈME PARTIE

#### L'ASSURANCE SUR LA VIE DANS LE MARIAGE.

CHAPITRE I. — CAPACITÉ REQUISE POUR ÊTRE SOUSCRIPTEUR OU BÉNÉFICIAIRE. . . . . 126

CHAPITRE II. — EN FAVEUR DE QUI UN ÉPOUX PEUT-IL ASSURER SA VIE? . . . . . 130

*Section I.* — L'assurance est contractée à l'ordre du souscripteur. 131
*Section II.* — L'assurance est faite au profit d'un tiers déterminé. 133
*Section III.* — Assurance au profit de personnes non individuellement désignées. . . . . 143

*Section IV.* — Le bénéficiaire de l'assurance est le conjoint. . . 149
I. Assurance d'un époux au profit de l'autre. . . . . 149
1° Le mari est souscripteur. . . . . 150
A. avant le mariage . . . . . 150
B. pendant le mariage. . . . . 152
2° La femme s'assure au profit du mari. . . . . 157
II. Assurance mutuelle. . . . . 159

CHAPITRE III. — Réclamations. — Restitutions. . . . . 170

*Section I.* — Droits de la succession. . . . . 170

I. Sur quoi doivent porter le rapport et la réduction. . . . 170
II. Le rapport et la réduction doivent-ils s'appliquer ? . . . 175

*Section II.* — Droits de la communauté. . . . . 180

*Section III.* — Droits des créanciers. . . . . 188

I. Sur le patrimoine du débiteur. . . . . 188
II. Articles 1166 et 1167. . . . . 193
III. Faillite du débiteur. . . . . 197

CHAPITRE IV. — Aperçu de la législation fiscale. . . . 206

Conclusion. . . . . 216

POSITIONS. . . . . 217

Poitiers. — Typographie Oudin.